中国律师实训经典 Trial TECHNIQUES | 庭辩技巧系列

美国庭审宝典

（第四版）

[美]詹姆斯·W·麦克尔哈尼 著
（James W. McElhaney）
吴宏耀　金　华　童友美　译



McElhaney's Trial Notebook

(Fourth Edition)

中国人民大学出版社

著作权合同登记号
图字：01-2012-1552号

作为一本流行多年的畅销书，《美国庭审宝典》证明了詹姆斯·麦克尔哈尼在出庭辩护实务方面具有成为一名优秀作家兼教师的天赋。他的文风简明优雅、寓教于乐，令人过目难忘。作为一名执业律师和大学教授，他的文字毫无学术研究的陈腐气息，而且，他也比其他人更了解这一主题。因此，诉讼律师都愿意读他的文章，而且，读了就能理解、就能从中获得乐趣，在日常法庭辩护中就能学以致用。

——《诉讼》杂志前主编、华盛顿哥伦比亚特区图书出版委员会联席主席
克利斯托弗·T·卢茨（Christopher T. Lutz）

麦克尔哈尼特别反对迷信“学院式答案”。相反，他会指出应该考虑哪些因素，并鼓励读者自己寻找答案。在《美国庭审宝典》背后隐含着这根主线：律师胜诉的能力仰赖于诸如坚忍不拔、富于想象、勇于战斗等个性特点。敢于战斗的勇气源于你知道在法庭上需要做哪些事情。为了确保你知道应该做哪些事情，你将发现，再没有比麦克尔哈尼的《美国庭审宝典》更好的老师了。

——伊利诺伊州芝加哥市大律师
吉恩·麦克莱恩·斯奈德（Jean Maclean Snyder）

上架建议 法律·实务



定价：88.00元

策划编辑　高　媛
责任编辑　黄丽娟 贺永胜 綦雅娟
封面设计　乔智炜

ISBN 978-7-300-16274-4

中国律师实训经典 Trial TECHNIQUES | 庭辩技巧系列

美国庭审宝典

（第四版）

McElhaney's Trial Notebook

(Fourth Edition)

[美]詹姆斯 · W · 麦克尔哈尼（James W. McElhaney） 著

吴宏耀　金　华　童友美　译

中国人民大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目（CIP）数据

美国庭审宝典：第4版/［美］麦克尔哈尼著；吴宏耀，金华，童友美译．—北京：中国人民大学出版社，2012.9

（中国律师实训经典·庭辩技巧系列）

ISBN 978-7-300-16274-4

Ⅰ.①美… Ⅱ.①麦…②吴…③金…④童… Ⅲ.①律师-辩护-美国-文集 Ⅳ.①D971.265-53

中国版本图书馆CIP数据核字（2012）第228844号

中国律师实训经典·庭辩技巧系列

美国庭审宝典（第四版）

［美］詹姆斯·W·麦克尔哈尼（James W. McElhaney） 著

吴宏耀 金 华 童友美 译

Meiguo Tingshen Baodian

出版发行	中国人民大学出版社		
社　址	北京中关村大街31号	**邮政编码**	100080
电　话	010－62511242（总编室）		010－62511398（质管部）
	010－82501766（邮购部）		010－62514148（门市部）
	010－62515195（发行公司）		010－62515275（盗版举报）
网　址	http：//www.crup.com.cn		
	http：//www.ttrnet.com（人大教研网）		
经　销	新华书店		
印　刷	北京鑫丰华彩印有限公司		
规　格	185 mm×260 mm 16开本	**版　次**	2012年10月第1版
印　张	31 插页2	**印　次**	2012年10月第1次印刷
字　数	787 000	**定　价**	88.00元

致彭妮
她认为，律师最重要的工作莫过于
向非正义开战

To Penny
Who feels the most important thing
A lawyer can do is fight injustice

第四版前言

美国律师协会诉讼分部图书出版委员会（The Book Publishing Board of the American Bar Association Section of Litigation）很高兴为读者奉上麦克尔哈尼的《美国庭审宝典》第四版。自该书24年前第一版问世，《美国庭审宝典》就成了一部经典之作，尽管“经典”一词可能会引起误导。成千上万忠实的读者都知道，《美国庭审宝典》一书既不是陈词滥调或艰涩难懂之作，也绝对不是一本可以放在茶几上的消遣读物。

作为一本风靡多年的畅销书，《美国庭审宝典》证明了詹姆斯·麦克尔哈尼在出庭辩护实务方面具有成为一名优秀作家兼教师的天赋。他的文风简明优雅、寓教于乐，令人过目难忘。作为一名执业律师和大学教授（尽管这些篇章毫无学术研究的陈腐气息），他比其他人更了解这一主题。因此，诉讼律师都愿意读他的文章，而且，读了就能理解、就能从中获得乐趣，在日常法庭辩护中就能学以致用。

在此次修订过程中，詹姆斯付出的劳动尤其值得一提。由于收录了一些新的文章，新版的《美国庭审宝典》肯定会比以前的版本更好。本书包括90章内容，比第三版多了近三分之一的篇幅。但是，我们并不是将20篇新文章单纯硬塞到旧版著作里来。相反，吉姆*就每一章内容进行了反复审读，并对其内容进行了诸多修改，一些修改甚至是实质性的。他曾经征求并大度地接受了本委员会提出的编辑建议。由此，我们删除了重复的内容、去掉了许多过时的参考文献；极少数当时为赶交稿时间而完成的、显得僵硬或不明确的段落，也得到了修正。换句话说，即使是第三版原有的内容，质量也大有提高。

《美国庭审宝典》第四版的出版，旨在为出庭辩护教学这一伟大、持久的事业作出贡献。30年前，詹姆斯·麦克尔哈尼开始为《诉讼》(*Litigation*) 杂志撰写“出庭辩护宝典”。该杂志一年四卷；每一年，他都会如期贡献一批受欢迎的专栏文章。作为该杂志的主编，我们都明白，“出庭辩护宝典”这个栏目将会一直坚持下去，而且，将会成为本杂志的亮点。在这些文章中，尽管有许多篇章现如今已足以满足传闻规则“陈年文书例外”的要求，但是，它们依旧像当年写作完成时一样，鲜活、实用且赏心悦目。这是一项了不起的成就，同时成就了一部具有了不起风格的著作。——我们诉讼分部很荣幸能借本书再版之机对此表示祝贺。

克利斯托弗·T·卢茨（Christopher T. Lutz）
图书出版委员会联席主席
华盛顿哥伦比亚特区
2004年2月5日

---

* “吉姆”(Jim) 为“詹姆斯”(James) 的昵称。——编者注

第三版前言

这是詹姆斯·麦克尔哈尼《美国庭审宝典》的第三版——该书第一版于1981年出版。第三版从原来的47章扩展到了70章。该版增加了一编全新的内容，用以讨论庭外诉讼技巧（out-of-court litigation techniques），如怎样经过协商达成和解协议、如何让当事人满意等。

美国律师协会诉讼分部对于该书的出版尤其感到骄傲。这是因为，该书的所有内容都曾经作为专栏文章在《诉讼》杂志——这是该分部负责的一份季刊杂志——“出庭辩护宝典”专栏中首发。为什么会组织这样一个专栏、为什么要将这些专栏文章汇编成书予以出版，在道格·康纳（Doug Connah）为本书撰写的第一版前言和比尔·潘尼尔（Bill Pannill）撰写的第二版前言中已有交代——就像詹姆斯·麦克尔哈尼一样，他们两位此前也均担任过《诉讼》杂志的总编之职。这两篇前言见本书第5页与第7页。

该书第三版的出版说明了麦克尔哈尼《美国庭审宝典》的巨大成功。自1981年起，该书的销量已经超过55 000册；该书已经成为法律类图书中最持久的一本畅销书。

该书深受读者欢迎其实并不意外。因为就学习法庭辩护技巧而言，再没有比出庭时带着詹姆斯·麦克尔哈尼的教导——就像麦克尔哈尼《美国庭审宝典》的读者所做的那样——更好的学习方法了。

在30年的职业生涯中，詹姆斯·麦克尔哈尼将绝大多数时间都花在了教授、研究出庭辩护上，而且，就此撰写论文并身体力行。现如今，他是凯斯西储大学法学院（Case Western Reserve University School of Law）主讲法庭实践及辩护的约瑟夫·C·霍斯泰特勒讲席教授（the Joseph C. Hostetler Professor of Trial Practice and Advocacy）。

詹姆斯·麦克尔哈尼的方法是：创造一个法庭审判的场景；借此，他和读者可以观察律师们是如何处理案件的。如果某律师把陪审团弄得眼花缭乱，麦克尔哈尼会解释为什么他具有这种魔力。如果某律师失败了，麦克尔哈尼则会讲解他错在哪里，并让该律师再来一次，甚至连续尝试三次，因为，麦克尔哈尼会让读者一直读下去，直到该律师做对为止。

为了例证他的经验，麦克尔哈尼会诉诸战争故事，或者引用圣经的文字、本杰明·富兰克林所著的《可怜的理查德年鉴》（*Poor Richard's Almanac*），或者马克·吐温的名言（马克·吐温警告说，“完成一篇优秀的即席演讲，需要三周的时间”）。他行文言简意赅（clear plain language），并以此传达以下信息：律师也应当以这种方式进行思考和发言。

麦克尔哈尼特别反对迷信“学院式答案”（the“school answer” to questions）。相反，他会指出应该考虑哪些因素，并鼓励读者自己寻找答案。在《美国庭审宝典》背后隐含着

这根主线：律师胜诉的能力仰赖于诸如坚忍不拔、富于想象、勇于战斗等个性特点。

敢于战斗的勇气源于你知道在法庭上需要做哪些事情。为了确保你知道应该做哪些事情，你将发现，再没有比麦克尔哈尼的《美国庭审宝典》更好的老师了。

吉恩·麦克莱恩·斯奈德（Jean Maclean Snyder）
伊利诺伊州芝加哥市
1993年8月

第二版前言

绝大多数为出庭律师而设且深受欢迎的杂志专栏文章，竟然出自法学教授的手笔。这是一个悖论。在此意义上，詹姆斯·W·麦克尔哈尼就是一个悖论。他留着优雅的胡须，是一名鸡尾酒会的钢琴师、飞行员、教堂唱诗班成员、讲故事的好手、（要不是他秃顶的话）像爱因斯坦一样头发凌乱的理论工作者、有着简洁优雅文风的写手。他是迄今为止唯一一位在一年一度的正式编辑年会上致辞的《诉讼》杂志主编。但是，他的专栏文章丝毫不带学术的沉闷气息。他的每一篇文章，都能让你受益无穷（只要你愿意反复阅读）。

作者亲自对本书文稿进行了编辑。他从过去12年间《诉讼》杂志发表的专栏文章中精挑细选了一些篇目，将其与第一版的57篇合并在一起。这些文章按照出庭辩护的时序——以《美国庭审宝典》一书讨论的内容为限——进行了重新编排。在此意义上，该书将成为律师出庭准备和出庭辩护的好帮手。

该版近一半的内容源自1981年初版的《美国庭审宝典》。但是，新版纠正了第一版的打印错误，重新编排了字体，以求风格统一、一目了然。而且，诉讼分部在出版简装本以方便律师携带本书出庭应诉外，还第一次出版了精装本。

《美国庭审宝典》第一版是诉讼分部组织出版的第一部著作。作为第一版的编辑，巴尔的摩市的道格拉斯·D·康纳（Douglas D. Connah, Jr.）认为，之所以要出版该书，是为了满足长期以来将麦克尔哈尼的专栏文章复印并予以传播的客观需求。但是，复印其最新专栏文章的需求从来没有减退过，因此，我们决定出版该增订版。

一以贯之，能够为律师同仁奉上这样一本著作，诉讼分部深感荣幸！

威廉·潘尼尔（William Pannill）
得克萨斯州休斯敦市
1987年1月1日

第一版前言

本书收录的这些文章是自1975年起6年时间里写作完成的，并每季度定期发表在美国律师协会诉讼分部主办的《诉讼》杂志上。在很大程度上，这些文章体现了《诉讼》杂志的以下精神：执业律师群体充满冒险精神地认为，依靠他们自身的能力进行组稿和编辑，就能定期出版一本达到职业编辑水准的杂志。

《诉讼》杂志是查尔斯·H·威尔森（Charles H. Wilson）1974年提出的一项创意——他是华盛顿地区的一名律师，毕业于哥伦比亚大学新闻学院研究生部，并曾经担任过合众国际社（UPI）的审读润色编辑——他认为，法律杂志也可以变得深受大众欢迎并阅读：它应当具有吸引眼球的装帧、提出具有可操作性的建议、文风简洁凝练；应当竭力避免“根据当前情况，客观地说”之类的论证风格，并避免因为（基于学究式的自信）大量的注释而让杂志厚得烦人。

“出庭辩护宝典”专栏旨在就出庭辩护的一些基本技巧定期发表一些入门文章。为了保证其特色，詹姆斯·W·麦克尔哈尼应邀成为《诉讼》杂志第一任助理编辑之一。麦克尔哈尼——时任南卫理公会大学法学院（Southern Methodist University Law School）教授，现为凯斯西储大学法学院主讲法庭实践及辩护的约瑟夫·C·霍斯泰特勒讲席教授——决定亲自为该专栏撰稿。于是，他成了迄今为止唯一一位能够在每一期《诉讼》杂志都有文章发表并因此闻名遐迩的作者。

本书是这些专栏文章的汇编整理；这么做是为了满足长期以来一直存在的社会需求。几乎每次这些文章发表一周以后，都会有一些法学教授、律师组织或法律继续教育项目要求我们提供“出庭辩护宝典”专栏某一篇或某几篇文章。但是，事实上，真正促使我们决定出版本书的原因在于，有一位法学教授请求我们复制《诉讼》杂志上发表的18篇文章，以供其在审判实务课（证据）上使用。在这批文章中，有16篇文章都是“出庭辩护宝典”的专栏文章。

不难理解“出庭辩护宝典”的专栏文章为什么会这么受欢迎。它以法庭而不是课堂为导向，给出了具有操作性的建议。恰如麦克尔哈尼在有关基础问题那一章所言，如果法学院通常开设的证据课只是围绕抽象的概念进行推演，而不是按照法庭事实证明的进程展开的话，这些文章将会成为受人欢迎的救治良药——这些是非正式的，却是实实在在源于现实世界的知识；而其写作风格却是专业手笔，而非业余制作。

在本书中，这些文章的编排顺序并没有遵循其在《诉讼》杂志发表的时间顺序，而是按照出庭辩护的逻辑进程重新进行了编排。

能够为律师同仁奉上这样一本著作，诉讼分部深感荣幸！

道格拉斯·D·康纳（Douglas D. Connah，Jr.）
马里兰州巴尔的摩市
1981年4月

致　谢

缘起

1974年秋，当时我还在位于得克萨斯州达拉斯市的南卫理公会大学教法律。一天，当我从一大堆华而不实的律师杂志中随手拿起一本进行翻阅时，我突然冒出了以下想法：需要就审判技巧专门开辟一个专栏。

我自言自语说，如果我自己有机会开设这样一个专栏的话，我将会将其命名为“出庭辩护宝典”（Trial Notebook）。这个名称听上去像是一个有趣的文字游戏：它既强调了庭前准备之类的活动，同时也告诉人们该专栏是一个什么样的专栏。

但是，也仅此想想而已。我没有给任何编辑写信谈论过我的这一想法，也没有写个样章试试。我没有给任何人打电话说过此事。我甚至没有给自己写个备忘录。我仅仅是把它储存在自己的脑袋里。不过，很显然，我将它存错了地方。我并没有把它视为灵机一动的随想，而是将它放在了决意付诸实施的区域。

三周后，我接到了一个已毕业学生——道格拉斯·康纳——从马里兰州巴尔的摩市打来的电话。康纳在做律师以前，曾经是一家报纸的记者；当时，他正在帮助筹划一个名叫《诉讼》杂志的新刊物。这将是一本由出庭律师写给出庭律师看的杂志。（可能除我以外）他们不准备向任何法学教授约稿，而且，该杂志也不希望像其他许多此类杂志那样——它们尽管有一个不错的开始，却最终蜕变成了普通的学术出版物——赢得法学院的市场。

负责筹划这一杂志的道格拉斯·康纳及其在华盛顿特区执业的老朋友查尔斯·威尔森认为，他们需要开设一个关于出庭辩护技巧的专栏，并准备将其命名为“回归基本技能”（“Back to Basics”）。他们希望，由不同的人撰写该专栏的每一期文章。通过全美出庭辩护研究会（the National Institute for Trial Advocacy），我认识了许多风格各异的律师。我是否愿意负责这个专栏、联系作者并编辑处理他们的稿件呢？

我当时就知道，我根本用不着给任何撰稿人打电话约稿。但是，我并没有说出来。既然康纳希望我义务支持一下，我就提出了两个条件。第一，“回到基本技能”的名称听上去有点做作。叫“出庭辩护宝典”如何？

他说：“可以”。

第二，是否允许我自己偶尔为此撰写一些专栏文章呢？

当然可以，他说。但是，这并不是你的分内工作，因为你的任务是约稿、编辑，至于写稿子的事情，还是让别人去干吧。

好的，我说。这时候告诉他“不会有其他人为我负责的专栏写稿子”还为时尚早。

但是，当谈到第三个或第四个问题时，康纳开始意识到我想干什么了。“谁都看得出，

你想自己写一本书。”

他猜对了。

二十年后

1994年，这本书出了第三版。而且，让我感到高兴的是，这一因偶然原因决定付诸实施的专栏，最终变成了每一期《诉讼》杂志的必然内容。我自己当然知道，我所讨论的所有观念都是从著名出庭律师或讲授出庭辩护的老师那儿偷来的。因此，只要有可能，我就会在文中向他们表示诚挚的谢意。终究，学术之为学术，就是要偷别人的观念并向其就此表示感谢。

又有十一年过去了

尽管我有两个学术头衔，但是，我已经不再是任何法学院的授课教师。我的工作是写作、提供咨询并赴全国各地为法律继续教育授课。同时，我依然与那些曾经是我同事的著名出庭律师保持定期联系。通过一项不可思议的安排，彭妮和我把家搬到了新墨西哥的山区。尽管我总是一有机会就向那些为我提供创作灵感的人致以诚挚的谢意，但是，在此，还需要特别提及一些人。

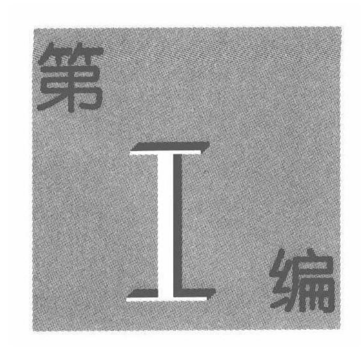
首先是我的哥哥约翰·麦克尔哈尼（John McElhaney）——他在得克萨斯州达拉斯市工作。因为他，我才认识到，做一名出庭律师是一件多么激动人心的事情。其次是我的爱人彭妮（Penny）和我的两个儿子大卫和本（David and Ben）。再次，是我在凯斯西储大学法学院的秘书阿琳·哈瑞斯科（Arlene Hrisko），她认真地聆听，并帮助录入、校对了这些文稿。

威尔·帕克（Will Park）——他是一位艺术天才；他为《诉讼》杂志、《美国庭审宝典》绘制了封面，而且，他的绘画和插图抓住了辩护活动的本质——总是能够给人以灵感。以及我的学生；他们的高见给我带来了许多新的启发——其中，特别不同凡响的学生，如芝加哥的西里尔·麦克艾尔哈基亚（Cyril McIlhargie）以及克利夫兰的史蒂夫·米勒（Steve Miller）和埃里克·肯尼迪（Eric Kennedy）。

但是，我尤其需要感谢《诉讼》杂志以及创办该杂志的两位律师——道格拉斯·D·康纳（Douglas D. Connah, Jr.）和查尔斯·H·威尔森（Charles H. Wilson）。他们的杂志为我从事我人生中最重要的工作提供了机会，而且，我为我能够成为其中的一员而深感荣幸。最后，我深深感激《诉讼》杂志的前主编克利斯托弗·卢茨（Christopher T. Lutz）；他就本书初稿贡献了许多极其珍贵的创意和建议。

詹姆斯·W·麦克尔哈尼
新墨西哥州查马市
2005年2月

目　录



为赢取诉讼而筹划

第 1 章 成功律师的必备素质

坦率地讲，胜诉不仅仅取决于案件事实，而且还取决于办理案件的人是谁。

请注意，当律师周五晚上在公文包咖啡馆（the Brief Bag）休闲时，对那些打赢许多官司的同行说三道四是一种时髦之举：

“哦，看看她接的那些案件吧。她根本不用去冒任何风险。她只办理她不会输的案件。”

言外之意很清楚。说话人的意思是，如果他也能够这么轻松地办理案件、也可以只办理“必胜无疑的案件”的话，那么，他也可以每年赚四五百万美元。

恰如格什温斯兄弟（the Gershwins）所言：“只要你能拿下来，那将是一份不错的工作。”

同样，针对公司法方面的出庭律师，你会听到：“哦，看看他们代理的那些委托人吧……”；针对刑事辩护律师，你也会听到：“哦，看看他们代理的是谁吧……”

那么，他们谈论的那些律师——他们可以只办自己愿意办的案子——是如何做到这一点的呢？

让自己成为一位成功者！

那么，他们又是怎么变成成功律师的呢？

面对这一问题，我们开始变得极具防范意识。你是否想过，律师为什么会对他人的成绩充满妒意呢？并非只有律师群体这样，几乎所有人都这样。

原因之一是一个充满孩子气的推测。这是对约翰·多恩（John Donne）以下著名台词不合情理的逆推：“没有谁是一座孤岛，完全靠自己……”由于我们知道我们并非孤岛，因此，我会觉得，如果别人成功了，我们的机会就少了。成功就像奶油和枪支一样，也是一种稀缺资源——这是一种错误的观点。

错啦！成功潜伏在任何地方，几乎潜伏在我们做的每一件事里。然而，我们却让这种虚假的稀缺感妨碍了我们对自己的判断，并让我们的人际关系变得紧张起来。

此类情形存在于家庭成员之间，也出现在律师事务所、政府办公室里。这种情形甚至还会在联邦最高法院大法官及其书记官之间出现。

诚然，有时候嫉妒会成为一种动力。就像在嘲讽刺激下，年轻的运动员偶尔也可以向挖苦他的教练证明他能行一样，嫉妒有时候也会推动个人挑战极限。

但是，这种事并不常见。在绝大多数情形下，嫉妒只会是一种阻碍。它浪费人的精力，让人难以静心思考。为了你自己，你所能做的最好的事情之一就是，承认成功并非稀缺资源。

驱散嫉妒阴云之后，再来回答我们刚刚提出的那个问题就容易多了。那么，那些最优秀的出庭律师又是如何成为成功律师的呢？



答案是，他们决意要成为成功律师。

这听上去是否有点像是肤浅的、带有励志性质的谄媚之言？

那么，就让我们再暂停一小会儿吧！

我绝大多数职业生涯都用于研究、分析、讲授、撰文讨论（并身体力行）出庭辩护活动。这意味着，我要研究全国最优秀的出庭律师的风格、技巧和理念——他们无疑都是成功的律师。

每一个成功的律师都曾经下过决心。她或他决心不做安于现状的律师，而是要成为一名成功人士。这一决心促使他们（有意或下意识地）培养形成了成功人士所必备的那些品质。

我将要告诉你们（这些成功者所应具备的）品质是什么。但在此之前，你们要明确，对于成功者而言，所应具备的品质并不是指：

- 智力超群
- 一流的法学院
- 法律评论上有大作发表
- 有家庭背景
- 种族背景
- 相貌堂堂
- 迷人的嗓音
- 运气

当然，这些东西并不坏。它们会让生活变得更加一帆风顺。但是，它们也会给生活带来很多束缚。天赋与才能是有用的，但仅限于一定程度。历史上，昙花一现的天才的例子比比皆是，而与此形成鲜明对比的是，创造出丰功伟绩的平凡人物大有人在。

那么，作为成功者，所应具备的品质到底是什么呢？

首先，我要提醒你们，在你开始（一件事情）之前，如果你没有坚持下去的决心，那么你最好就此放弃。因为竞争是给意志坚定者准备的，而不是摇摆不定者。

乐于助人

“职业”一词与过去相比，有了不同的内涵。在今天这样一个（商品经济）时代，管道修理工都要配备寻呼机，职业运动员赚的钱比任何人都要多，“职业”一词意味着你为了雇佣报酬付出对价。

三大传统专业领域——法律、医学和神学领域的从业者则被认为有所不同。他们从业的最重要因素不在于所得到的收益，而重在帮助他人。比如为公益案件尽一份责，抑或是去进行其他的公共服务。

当你听到律师们在谈论所谓“法律事务”时，你或许会有所顾忌。这是一种典型的思维定式：即，如果没有具体的当事人，就应当把这种公益事业留给擅长此道的人去做。

成功者则与此不同。面对被委派的案件，他们从不逃避推脱。他们甘愿为自己的职业奉献自己的精力。他们在律师协会中任职，他们花时间在法学院开展律师培训项目。

你或许会质疑：这些小细节就能使我成为一名“公益律师”吗？帮助别人与成功律师的秘诀之间又有什么关系呢？

这个问题问得很好。答案有两点：首先，乐于助人的律师与所谓“固守本分”，故步自封的律师相比较，看待问题的视角是不同的。其次，真正关心当事人（利益）的律师是不



会那么容易被打败的。

渴求伸张正义

真正的辩护律师在私下都是理想主义者。一些人把就读法律专业当作是一条通向香车豪宅的康庄大道，但成功者并非如此。他们的目的是为了掌握对知识运筹帷幄的技能。

但是，技能的学习并非来自于课堂。老师们不会教你去如何辨别是非。反而，我们应该认识到，在很多错综复杂的情况下，并不是单纯的正义与邪恶的较量，而是正义与正义，邪恶与邪恶之间的博弈。

这一点非常关键，它已经超越了教育的层面。但并不是说，我们就此不必去辨明是非。

成功者总是面临着来自邪恶的挑战。正是这种挑战，促使着他们投入到较量之中，来发掘自己的制胜点；正是这种挑战，他们拥有了强大的动力。来自加利福尼亚州，帕洛奥图市一个法律研究组织（Metricus）的珍妮・费莱明博士通过一次全国性的民意调查发现，有 60%的陪审员候选人认为，法庭审判与道德领域息息相关，他们认为，对于秉公执法而言，伸张正义更为重要。

道德操守

媒体总是喜欢耸人听闻，事实应当成为我们选择自己价值判断的根据。

成功者明白推动规则和（道德）底线的制定是他们的职责之一。他们也会适时来质疑和抨击（现有的）准则。他们之所以这样做，是因为他们拥有直言不讳而又兢兢业业的意识，而不是掩饰自己的所作所为。

成功者总是一诺千金。他们从不（幻想）不劳而获，他们从不一掷千金，他们也从不使用卑劣的手法来获取证词，抑或是以暗箭伤人为代价来探明真相。

求知欲望

优秀的辩护律师总是有着广泛的兴趣爱好。像吉普林在《小象寻母》一书中所描写到的伟大律师，总是拥有着无尽的好奇心。正如爱德华・贝内特・威廉姆斯所说过的那样："求知欲是无可取代的。"

当优秀的律师面对铁路交通事故引发的案件时，他们会通过研究图表和（实地取证）的方式来进行学习。成功者从不间断这两种方式的学习。像来自俄亥俄州克利夫兰市的克雷格・斯潘根贝格（Craig Spangenberg）的律师，他们就亲临铁路现场，登上列车车厢去实地考察。

成功者总是想探究物体运行的原理，当事人行为的原因，谁是幕后操纵者，以及当事人行为的动机所在。他们是好学者。他们会从多种角度去看待问题。他们敢于怀疑而又严谨。

沟　通

有种人很擅长（独立）分析问题，但缺乏沟通能力。



辩护律师不是这样的。他们总是积极地与别人交换看法。他们有（这样）一种责任感，要探明真相，但是如果不和他人进行交流（看法）的话，这样做的意义似乎并不大。

他们是健谈者。（就像）是作家通常会跑去倾听别人的（意见），而不是通过闭门造车（来获取灵感）。

毫无疑问，他们是表演者。但通常被忽视的是，（沟通）并不意味着偏听人言，而是要把你的思想传递给他人。对于真正的辩护律师而言，案件就像是一个故事，而他的说服能力在于怎样把（这样一个）故事讲述好。

目　标

人人都有梦想，成功者拥有的是目标。在梦想和目标之间有着很大的区别。

还记得在三个泥水匠的故事中，他们的工作态度分别是怎样的？这个感化人的故事告诉我们，不要小觑日常的重复工作：

一个旅行者看到三个泥水匠在太阳下工作。旅行者分别问他们："你们在做什么？"

第一个泥水匠回答："我在铺砖。"

第二个回答道："我在砌墙。"

而第三个则回答道："我在建一座教堂。"

故事就这样结束了，但是，我们则要思考故事更进一步的意义。

成功者知道他在建一座教堂，但同时他也清楚下一块砖应当砌在哪里。没有计划的目标只是一枕黄粱。

成功者所做的最重要的事情就是制订切实可行的计划，这包括对待案件和规划他们的人生。（无论是）在探究案情时，（还是）在对专家证人进行交叉询问时，（抑或是）在进行和解协议的过程中，他们始终明了下一块砖应当砌在哪里。

在我们继续（这个话题）之前，必须明确一点：执行计划并不意味着毫无变通。成功者知道怎样因时而异，变通计划——而这是很常见的情况。

想象力

法学教育似乎剥夺了很多人的创造力。有成千上万的律师认为，如果在没有先例可循的情况下，你将束手无策。

令人惊讶的是，很多法官禁止律师通过使用图表说明的方式来阐释证词——即迪安·西默（Deanne Siemer）在他的《实物证据》一书中所提到的"言词证据的辅助手段"。一些法官乐于让你向陪审团展示某些物证的照片，却不会让你列出专家证言的要点。

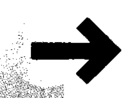
为什么？因为他们此前没有听说过（这种方式）。

但是，更加富有创见的法官，诸如来自上诉法院第五巡回庭的帕特里克·希金博特姆（Patrick Higginbotham）法官，他曾说过，如果法官能够听取（事实），那么，他们也就应当可以看到它们。

富有想象力的律师从不问"为什么"，他们问"为什么不"。

激情与坚持

路易斯·奈泽在他将近70岁的时候，还为了审判工作彻夜不眠。罗列一下你（心目



中的）伟大律师，你会发现他们所有人的共同点，即具有投身案件的巨大激情。

有人问这种激情从何而来，答案就是：你愿意投入多少，你就会拥有多少（激情）。没有人的精力是无穷尽的，但是，就像投入训练中的运动员那样，你投入越多，你拥有的也就越多。

再就是坚持。

常言道，我们要从失败中吸取教训。这是一句良言。通过分析，我们才会发现失败的原因。

但是听取这句良言之外，我们还要坚持。如果你（不能坚持下去）再进行尝试，即使分析出失败的原因也是毫无意义的。

理　性

正如西部民谣中所唱的赌博者那样，赢家懂得见好就收。而辩护律师的一个可贵之处就在于在处理案件时，适时以退为进。

保持理性是（你）在坚持（做事情）时的关键底线。众所周知，律师（总是）在失败已成定局的情况下还要血战到底，试图力挽狂澜，一次又一次的提出相同的动议，一次又一次在被否决的情况下还试图举证，并一直坚持到庭审的最后一刻。

这种做法并不值得推崇。毫无疑问，律师有时要不顾一切争取胜利，但是，这样做的代价是令人难以接受的。

敢于战斗

是行动起来投入战场的时刻了。

（战场上）总是会有无法驾驭的困难，总是会有甚至需要法官和陪审团来帮助解决的疑惑，总是会有不可调和的观点。

但是很多律师没有勇气面对这一切，他们在理性的幌子下逃避这一切。他们不敢去（面对）法庭庭审现场。他们（所做的仅仅是）促成和解协议，给当事人提供咨询。

你必须明白他们这样做的原因。这并不是懦弱，而是无知。他们并不是因为没有主心骨而不去庭审现场——他们不去是因为他们不知道怎么去应付。

这是我们所要纠正的错误。

第2章　选择正确的攻击点

安迪·隆德奎斯盯着盘子，把盘中的巧克力甜圈撕成无数小块，完全忽略了旁边已经变凉却未曾享用的咖啡。

"怎么了，安迪？"芭芭拉·斯汪森问道，"什么事情让你觉得心烦呢？"

"我也不知道。"安迪回答，"我手头的这个案子有太多的争点，我不知道陪审团怎么才能把它们组合起来弄明白？"

阿耳弋斯放下报纸，抬眼看了看："这根本就不是陪审团的事情。"

隆德奎斯听着觉得有些疑惑，芭芭拉直接提出了自己的疑问："不要告诉我大名鼎鼎的阿耳弋斯打算要最终放弃美国陪审团哦。"

"不会。"阿耳弋斯回答，"我并不是在质疑陪审团理解案件争点的能力，关于这个，让那些认为陪审团应当明白律师意见的学者和法官去讨论。"

"我的意思是，我们是辩护律师，是专业的交流者，我们的工作就是解释和说服。如果陪审团理解不了一个案子，错的只可能是我们，而绝对不能归责于陪审团。"

隆德奎斯对此表示赞同："我想你是对的，那也正是我所担心的。我了解这个案子，毕竟我接手这个案子已近4年，问题是如何将它向别人阐述明白，对此我真的无从下手。"

30秒陈述

"一定可以的，"阿耳弋斯说，"一个内容很丰富的故事，犹如一片丛林，感觉上有些杂乱，但一幅简单的图表就能告诉你案子的梗概。每一个案子都是如此，事实上，只有你完全了解了案情，你才可能为审判做好准备。"

"你需要做的就是在30秒内用最简单的语言把基本案情介绍清楚，如果你可以做到这点，你就可以很好地处理这个案子。"

那天早晨，当安迪·隆德奎斯走出小店，看上去决心满满。阿耳弋斯给了他一个真正的挑战。

但次日早上，安迪一脸失望，显然遭受了打击。"我做不到，在30秒内不可能，如果删除、忽略一些材料，5分钟或许还可以，但30秒肯定不行。"

"30秒陈述就像是小飞象达姆布的神奇羽毛，乌鸦认为可以让大象飞起来的神奇羽毛。"阿耳弋斯说，"神奇羽毛之所以具有神奇力量，是因为小飞象达姆布相信它能。30秒陈述会有用也是因为你本能地坚信你能。如果你可以很自如地在半分钟内解释一个诉讼案件，显然你对它已经有了很好的掌握。"

"而且，30秒陈述可以发挥神奇羽毛所没有的作用，它迫使你作出重要的决定，将所有可能提出的争点都纳入你的30秒陈述之中是不现实的，为了抓住案子的关键，需要剔

除所有无关紧要的法律或事实上的细枝末节，这要求你必须清楚地知道哪些争点是至关重要的、是会直接对案件产生影响的。”

“当你这么做的时候，你在确定案件的理论（theory），你是在决定什么值得去争议辩护。也就是说，你在选择正确的攻击点。”

“将基本案情反复介绍，对尽可能多的人讲述是非常重要的。在这个过程中，你可以发现自身的缺陷——哪里需要更多的事实支撑，最大的难点在哪儿，什么问题必须解决但尚未解决。”

“你可能会犯的一个最大错误是，”阿耳弋斯继续分析，“保留每一个可能的争点，尤其是在这样一个复杂的案件中，你想要谨慎地选择一个正确的攻击点。但是，你应该做的只是将你有把握赢的争点纳入你的 30 秒陈述，而无须在意其他你没有把握的争点。”

“等等，”律师协会的政客迈拉·赫伯特插嘴说，“你刚才所说的一切正好与现行的法律教育完全背道而驰。法律教育中，学生被要求注意每一个争点，清晰确定每一个可能的论点。我认为，整个过程是找出所有你能找到的争点，然后，一一分析详解，经过多次尝试后，最后确认必须坚持哪些争点。”

“这是有意义的，你找到的争点越多，你最终确定予以坚持的争点就可能越多。”

“再说，你们可以不相信我的话，但你们是否见过温迪斯特姆与克拉舍联合律师事务所（Windstorm & Crusher）的文件，它是本市最大的律所，它们通常的辩论都会涵盖每一个可能的争点，而且他们做得很好。”

迈拉话音刚落，里吉斯便说：“那是因为温迪斯特姆与克拉舍律所的律师都是非诉律师（litigators），而非诉讼律师（trial lawyers）。”

“两者有很大的区别吗?”迈拉问，“他们做的可是同样的事情。”

里吉斯回答：“温迪斯特姆与克拉舍律所不代理开庭审判的案件，他们提请上诉、负责取证、讨论证据开示、进行各种各样的庭审前准备工作，那是他们的工作，他们的目标不是为了赢得审判，而是尽己所能避免案子走到开庭审判的地步。”

“不论是谁做，”阿耳弋斯说，“当这种案件的准备在庭审中结束，经常让人觉得尴尬。”

“法学院的教育不是在真实生活背景下进行的，”他继续道，“法官没有过多的耐心听取你对每一个争点的辩护，陪审团也不会为此而颁发给你所谓的‘最佳口才辩护律师’，如果你希望赢得所辩护的案件，有一些原则会帮助你选择正确的攻击点。”

我知道在某个时点一张列表就要出场了，于是我拿出我的法律平板（legal pad），准备记我的笔记了。

承认明显的道理

当西尔斯与罗巴克就彼此可以信赖的问题达成诉讼契约时，原告的代理人感觉正中下怀，她代理的原告在一起车祸中受伤，而车祸正好发生在原告将车放在西尔斯处修理之后。

西尔斯曾经调整过原告的发动机，修理过原告的轮胎，但是他们忘了将左前轮的螺帽拧上，所以当原告将车开出西尔斯的车库并以 50 英里的时速行驶不久，车的左前轮脱落，导致原告无法控制车辆并最终撞上一根电线杆。

西尔斯可能会尝试辩解说，他们从未动过轮胎或是原告自己应该在将车开走之前进行检查。但他们没有，他们承认这是他们的错误——至此，本案只留下一个争议点：原告是

否故意将早已存在的受伤情况作为借口要求赔偿，而这个早已存在的受伤情况是对所有人包括他自己的委托律师的欺骗。

而这也正是陪审团们相信的事实。

不要夸大其词

夸张的陈述会让你难以胜任证明责任的要求。当你声称被告是故意将他的卡车撞向原告的车尾时，你最好能够清楚地表明，否则这会给你的整个案件染上被怀疑的气味。

如果这不是你重要理由的一部分，为什么要撒谎控告对方？如果陪审团认为你对对方的错误陈述是一个诚信问题，你的案子就麻烦了。

要合理可信

每当你的案件事实与通常理解相背离的时候，你就面临着一场难度很大的辩护。如果在你的案子中有一个争点需要说服陪审团或是法官去相信一些与他们生活经历不一致的事实，尽量避开它，如果避免不了，这一仗你必须要打，那就找出一些方法告诉法官或是陪审团为什么这一次情况不同。

合理可信作为一个导向，经常被原告的律师所忽略，尤其是在伤害案件中。死去的丈夫是一个各方面都很好的完美男人，这样描述的可信性不大，相较于此，他是一个经常忘记帮助妻子洗碗的男人更显真实可信。

前后一贯

这才是故事的梗概即 30 秒陈述真正发生作用的地方。事实和辩解不仅仅需要切合法官和陪审团的生活经历，还必须切合案件本身。如果和故事的梗概发生冲突，那一定是在某个环节出现了问题。

不要说连你自己都不信的东西

斯潘杰伯格曾经说过，如果你不相信自己的案子，你不可能说服任何其他人相信。这个理念是斯潘杰伯格关于别人怎么看待律师研究的部分观点。

“法官和陪审员认为律师知道案件的事实，”斯潘杰伯格说，“事实上，他们认为我们知道的比我们实际知道的要多，他们在庭审的时候观察我们，因为从我们的一些表现可以判断出谁在说真话。说服力强的律师在他们所代理的案件中会流露出个人的坚信态度。”

斯潘杰伯格是对的。如果你不相信你自己所代理的案子，是会留有痕迹的。

第二天早上，安迪在吃完他的巧克力甜圈后立即问道：“阿耳弋斯，你能给我 30 秒时间吗？我有些东西需要你听。”

第 3 章 案件理论

那个年轻律师被胜利冲昏了头脑。交叉询问进展得极其顺利——这可是她第一次牛刀小试啊。该证人是对方的重要证人之一。年轻律师的搭档是一位资深律师——他决定放手让这位年轻律师负责该证人的交叉询问。

交叉询问的高潮是，这位年轻律师准备用该证人先前的不一致陈述对他进行弹劾。首先，该证人在直接询问中毫无补救余地提供了与其附誓陈述（deposition）自相矛盾的证言。而且，直到该证人在不知不觉中切断了自己的所有退路之后，这位年轻律师才封住了陷阱口，并利用先前不一致的附誓陈述对其进行质问。

这可谓致命一击！因此，不难想象，当她看到其搭档律师紧咬双唇的表情时，她有多吃惊。

"怎么回事儿?"借休庭之际，她在大厅里问那位资深律师，"我还以为你会喜欢这次弹劾行动呢。你就是这么教我的呀!"

"哦，这确实很经典。"那位资深律师说，"这与教科书上如何运用先前不一致陈述弹劾证人的例子一模一样。即使让我来，也不见得会做得更好。但有一个问题。你根本就不应该弹劾他。"

"你为什么这么说呢?"那位年轻律师问。

"我的意思是说，"那位资深律师回答说，"尽管你对那位证人进行了弹劾，但是，等你弹劾完的时候，陪审团会相信先前的陈述而不是证人在直接询问中的证言。那么，你想一想，当你开始对他进行交叉询问的时候，我们的当事人却正以每小时 15 英里的速度在加速。"

"你技巧运用得很娴熟。但事实上，由于你的所作所为与我们的事实解释（the theory of the case）自相矛盾，因此，你铸成了大错。"

确实如此。在出庭辩护活动中，这是最基本规则之一：

绝对不要做与自己的事实解释自相矛盾的事情。

事实解释是一种基本立场，他不仅有助于阐释你方的法律依据和事实背景，而且，可以将尽可能多的证据捆绑在一起，形成一个自洽且可信的有机整体。事实解释是一种基本立场，其他所有事情都应当围绕它展开。

事实解释会提供一种令人坦然的立场；据此，陪审团可以理解本案的所有证据——而且，如果他们接受该立场的话，将会引导他们作出有利于你的裁判。

毫无疑问，事实解释就像动物的老窝一样，需要你不惜一切代价去保卫它，除非这么做会招致毁灭性灾难——此时，你只能放弃它，在山上找个相对熟悉的地方安身立命。

与法律根据的选择相比——根据既定的事实对此予以证明，是再容易不过的事儿了——事实解释的选择意义重大。期限规定的适用、能够提起何种损害赔偿、是否有权要

求陪审团审判、本案是否可以在州法院系统或联邦法院系统进行、甚至究竟在哪个州提起诉讼——这些都与事实解释的选择密切相关。

关于事实解释问题，令人沮丧的事情之一在于，你可以提出一个以上的事实解释。借助法律的魔法，这些事实解释之间甚至可以是相互矛盾的关系。令人惊叹的是，在一些情形下，事实上是可以提出多项彼此冲突的事实请求或辩护事由的。对此，R. 基顿的《庭审策略与方法》一书有详细的讨论（R. Keeton, *Trial Tactics and Methods*, 280—85（2d ed. 1973））。但是，一定要慎重。通常情况下，提出多项不一致的事实解释会产生灾难性的后果——而且，主要问题出在可信性上。

律师，就像推销员一样，必须对自己的产品充满信心。通常情况下，富有成效的论证就是那些能够向陪审团传递以下信息的论证：该律师对其委托人充满了信心。

事实上，如果连你自己都不相信你的委托人，那么，对于你方当事人的案件，你几乎不可能向他人传递那种必不可少的自信。

为什么？

如果你根本不相信你正在论证的那些内容，那么，即使你嘴上不承认，你的身体语言依然会暴露无遗。

请注意，这里的意思并不是说，律师在任何时候都会告诉法官或陪审团，他本人深信自己委托人的请求是正义的。这恰恰是《律师执业责任法典》所禁止的行为（the Code of Professional Responsibility, DR 7—106（C））。职业道德的禁止性规定严禁律师说你对你的委托人深信不疑。但是，富有成效的辩护活动却要求你事实上必须对你的当事人深信不疑。

对此，值得你铭记在心。

如果你请求的损害赔偿大于你自己相信的数额，它将会表现出来。请将你方的请求删减限缩到你能够真诚为之辩论的范围之内吧！

这意味着，如果你无法相信你的委托人，而且，基于对委托人负责的态度需要放弃某项事实解释，那么，你就必须要这么做。

如果对于你的委托人，你有什么不满意的地方，千万别埋在心里——说出来最好。

这么做甚至可以将糟糕透顶的不利因素转化为明显的优势。

佛罗里达州达德郡的杰拉尔德·T·韦瑟瑞顿法官（Judge Gerald T. Wetherington）在科罗拉多州博尔德市全国初审辩护研究会（the National Institute for Trial Advocacy）上，曾经给学生们讲过这样一个故事：

原告人被被告人的汽车碾断了一条腿。本案的难点在于，原告是个流浪汉，根本没有任何收入来源。大家都知道，他是一个在城里四处游荡、靠乞讨一些廉价酒瓶卖钱的人。

原告方的律师向一个资深的律师朋友请教，怎么才能让原告人衣着干净一些并在审判时给大家留一个好印象？

这位朋友完全赞成让原告人穿得干净一些，但是，他警告说，不要给他穿太好的衣服，或者把他打扮得与他的实际情况完全不一样。

根据上述建议，原告方律师确定了本方的事实解释，并在终局辩论中发表了以下经典言论：

他根本不知道什么是干净的床单，但是，难道人们就可以压断他的腿么？

他基本上没有吃过一顿热饭，但是，难道人们就可以压断他的腿么？

教育、好的工作、体面的衣服——这一切，对他都十分陌生——但是，难道人们就可以压断他的腿么？

不过，你自己深信不疑并不是唯一的检验标准。你的真诚会有所帮助，但是，你的真诚尚不足以让陪审团相信那些看上去就难以自圆其说的事实。

合乎情理（Plausibility）——即，陪审团觉得这更有可能是真的——是一项屡试不爽的辩护法宝。你方的事实解释越接近事实的常态，辩护的效果就会越好。

兹举例以明之。在一起悲惨的交通事故案件中——该案件涉及某运输公司的一辆卡车和一位没有走人行道而横穿马路的小男孩——代理该运输公司的某律师正在准备其辩护工作。对于此类案件，原告方律师会称之为"小男孩被撞伤"的案件；而被告人律师则会称之为"小男孩突然猛跑"案件。

由于小男孩的年龄太小，根据所在司法辖区的法律，辩方无权提出混合过错的辩护（Contributory negligence）。不过，该律师明白，在该案中，原告方必须首先表明，被告方的司机具有过失（negligent）。

该律师的打算是，传唤一些证人；这些证人将会作证说，在事发当时，这位卡车司机的车速很慢。

他的朋友却建议他采取另外一种思路：

约翰，千万不要在证明卡车缓慢行驶方面花太大工夫。人们根本不相信卡车会开那么慢。而且，假设他们真的相信了这一说法，他们肯定会想，司机应当能够来得及刹车啊。不要去证明卡车开得很慢——相反，要证明那位小男孩跑得很快。他当时不是在马路中间走——他是在跑。

他的重点是什么呢？这位律师可以相信上述任何一种解释。但是，更有说服力的解释应当是陪审团有可能认可其可能性的那一种。

接下来的工作是，要将这一解释变得简单易懂。此项工作会占用很多时间，但是，这么做却是值得的。

假设在某起案件中，对方当事人传唤了一位毫无偏见的证人出庭作证。对于该案，你可以提出两个不错的事实解释。一个事实解释需要你像对待说谎者一样对这位毫无偏见的证人展开攻击；而另一个事实解释则需要你就以下问题作出解释：即，尽管该证人相信她说的话都是真的，但是，她的这一判断却是一种可以理解的事实错误。

就成功概率而言，第二个解释要大于第一个解释。

你自身的真诚以及一个简单易懂、合乎情理的解释，这些都是极好的财富。不过，或许你还想准备得更充分一些。

一个好的事实解释，还要能够契合法官和陪审团的价值体系。

那些优秀的出庭律师都倾向于做一名如饥似渴的读者、观察者和聆听者。他们渴望获取有关他们所处环境的各种信息。这些出庭律师都具有这样一种兴趣：即，他们渴望理解审判地社区的价值观念。之所以要进行陪审团审查遴选程序（a jury voir dire examination），其重要原因之一即在于：借此机会，研究这些陪审团成员，以弄清楚他们是一些什么样的人。

在律师都深信不疑的、两个简单易懂且合理可信的解释之间，更容易契合社区价值观念的那个解释将更有可能得到法庭的认可。

作为一种抽象表述，以上说法听上去很有道理，但是，在现实生活中，真的起作用吗？

当然起作用！

请看慈善捐助与清偿债务之间的区别。恰如克雷格·斯潘根贝格（Craig Spangenberg）在其优秀论文《基本价值与说服技巧》一文中（*Basic Values and the Techniques of*

Persuasion, LITIGATION, Vol. 3, No. 4 at 13 (1977)) 证明的那样，美国人都倾向于认为，这应该是在清偿债务。事实上，那些鼎力支持原告方的陪审员，恰恰是将清偿债务——而且，债务要及时偿还——视为其生活重要组成部分的那些人。

另一方面，据斯潘根贝格所言，慈善捐助固然也是一种重要的价值，但是，对于许多人而言，其重要性还尚未达到清偿债务的程度。在圣诞节期间，往救世军募捐的篮子里搁上一个硬币，就足以让那些富人感到良心安宁了。

因此，受此影响，在一起人身伤害案件中，与以某人受到伤害而祈求怜悯相比，明确主张因对方过错行为而负有赔偿义务的事实解释，更有可能获得充足的赔偿。

有时候，你可能找不到这么好的事实解释。但是，这样的情形比较罕见——其罕见程度就像基于执业责任要求你去捍卫一项毫无信心的事实解释一样。

在刑事司法实践中，对于此种情形甚至有一个专门的名称。即，蟑螂辩护（the cockroach defense）。也就是说，如果确实没有什么可辩护的，辩护人的唯一办法就是像蟑螂一样，对对方的每一项主张都反击一下。

这么做会起作用么?

有时候会的。

但是，一般情形下，这只不过是一种冗长乏味的有罪答辩形式而已。

如果这种辩护真的奏效了，其典型原因是：该辩护背后存在着一条具有可信性的辩护主线。更常见的原因却是：控方的证据过于简单，据此根本不足以作出有罪认定——在我们的司法体制下，这意味着陪审团应当作出无罪判决。

一旦你拥有了一个靠得住的事实解释，那么，该解释将会在庭审过程中为你提供全方位的帮助。

试以开庭陈述（the opening statement）为例。让人伤心的是，太多太多的律师将开庭陈述的前几分钟用于向陪审团说明开庭陈述的功能。

这是一种浪费。

在开庭陈述的前几分钟，陪审团正处于注意力集中、易于接受新信息的状态。他们渴望了解这是一起什么样的案件。

这正是陈述你方事实解释的良机。

事实解释有助于确定传唤哪些证人。通常情况下，当你在是否传唤某个棘手证人犹豫不决时，根据该证人是否真的有助于推进你方的事实解释将帮助你找到答案。

它还可以帮助你确定证人作证的顺序。诚然，第一个和最后一个证人都应当是强有力的证人；但是，在安排证人作证的顺序时，要以有助于阐释你方事实解释为准。

证人开始作证时，该原则依然适用。当然，你必须首先提供有关证人的重要背景事实和基础性信息。但是，除此以外，规则十分简单：将你的提问限定于以下范围：为了获取与你方事实解释有关的信息，或者，为了攻击对方的事实解释。

就像那位令人遗憾地铆足劲证明其委托人车速很快的新手一样，在交叉询问中，我们很容易忘记我们的事实解释。基于此，与其他环节相比，在交叉询问中，需要特别小心才是。

终局辩论是事实解释赢得胜利的关键时刻。

一些律师的问题在于，他们仅执著于某一事实解释。

即使在一起简单的过失案件中，辩方律师都会陈述说：

我方根本没有过错。

即使我方有过错的话，你方也存在混合过错。



即使我方有过错，而且，你方不存在混合过错的话，你方也并没有因此受到伤害。

即使你方受到了伤害，伤得并不是很厉害。

现在的问题是：只要他们彼此之间并不冲突，你就可以同时提出所有这些解释；或者，当彼此之间有冲突时，放弃根本不可能得到支持的那些解释。

为什么？

当你拒绝将所有鸡蛋都放在一个篮子里时，你事实上在传递着这样一种信息：你并非真的信赖那个篮子。

第4章 真正的法律

爱丽丝·勒纳是一名办理过许多起房地产开发案件的房地产律师。现在，她正在为一起错误解雇案做准备工作。与其有着长期合作关系的委托人坚持由她办理这起案件，但是，问题是，她和她律所里的其他律师都从来没有办理过此类劳动争议案件。她知道这起案件已经超出了她的能力范围，于是，她转而向安格斯求助，并邀请我参与。

我们用了一晚上的时间讨论了该案的事实，并审查了爱丽丝为庭审所做的准备工作。坦率地说，她的庭前准备给我们留下了深刻印象。她已经制作了一份出色的出庭笔记：该笔记覆盖了从庭前动议到开庭陈述，从直接询问到交叉询问再到终局辩论等方方面面的细节。她还就她所能想到的所有法律问题，包括对方可能提出的所有证据动议，制作了摘要。

因此，当安格斯说"我觉得，你可能真的会有麻烦啦！"时，她感到相当震惊。

"麻烦？"爱丽丝说，"你怎么看出来的？我已经竭尽所能，就可能发生的各种情形都作了相应的准备。我怎么才能发现麻烦在哪里呢？"

"我只是觉得，就我刚才看到的这些准备而言，你方当事人败诉的可能性极大。"安格斯说。

"这怎么可能呢！"爱丽丝说，"原告人艾伦·布朗斯坦是一名56岁的男子。他原来一直在营销部门工作；后来由于我方当事人决定由其他组织负责其营销工作，才解雇了他。他得到了很好的离职补偿，其中包括6个月的离职工资以及为帮助其重新就业而提供的职业教育。既然有这样一个说得过去的理由，我们当然可以'随便'找个借口解雇他啦。他提出的唯一诉讼主张是他受到了年龄歧视，但这完全是胡扯。证明受到歧视的证明责任应当由他承担，但是，他根本不可能证明这一点。"

"是这样，"安格斯说，"根据法律规定，你的委托人享有以任何理由解雇他的绝对权力。就法律而言，他要想翻盘，唯一的办法就是证明公司解雇他的理由不当。"

"但是，事实上，除非你能够证明公司具有解雇他的正当理由，"安格斯说，"诉讼结果极有可能是，你的委托人必须承担错误解雇职员的后果。"

"你怎么会这么认为呢？"爱丽丝说。

"因为这才是真正的法律。"安格斯回答说。

"真正的法律应该是判例法怎么说啊！"爱丽丝说。

"不，不是这样的。"安格斯说，"在事关歧视的劳动争议案件中，尤其如此。恰如俄亥俄州克利夫兰地区的韦斯曼律师事务所的埃里克·肯尼迪所言（Eric Kennedy of Weisman, Goldberg & Weisman Co., LPA in Cleveland, Ohio），'真正的法律是你母亲在你小的时候曾经教你的，什么是对什么是错——什么是公正和不公正。这些才是陪审员在裁判案件时真正适用的法律规则。'"



"就你的案件而言，这意味着什么呢？"安格斯说，"原告人艾伦·布朗斯坦已经56岁了。陪审员都知道，在你56岁的时候，你已经很难再找到一份新的工作。而你方的问题是，解雇两年以来，布朗斯坦先生一直无法找到一份新工作。"

"但是，这并非因为年龄歧视啊！"爱丽丝说，"这仅仅是因为，这段时间营销职位的竞争更激烈啦。"

"的确如此。"安格斯说，"在有关年龄歧视的案件中，判例法认为，只要不是因为年龄原因，你可以以任何理由解雇一名雇员。但是，如果陪审团了解了相关情况并意识到，原告很难找到一份新工作——那么，他们会认为，公司之所以解雇他可能是因为他的年龄。于是，在他们看来，原告受到了年龄歧视，因为他根本无法找到一份新工作。而这正是你的委托人解雇他的真正原因。因此，根据真正的法律，你应当重拳出击才行。"

"旧金山奥里克有限责任公司的芭芭拉·A·考尔菲尔德（Barbara A. Caulfield of Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP in San Francisco）也持这样的观点。"安格斯说，"考尔菲尔德认为，陪审员事实上适用的法律，植根于某种许多律师根本无法理解的道理。'律师的典型做法是，'考尔菲尔德说，'立足事实，但忽视了道理。（stands on the facts and missed the truth.）'这里的道理是，与年龄大的人相比，越年轻就越容易找到新的工作。因此，陪审团可能觉得，公正的做法应该是，优先解雇那些年轻人，因为他们更容易找到一份新工作。与律师们相比，陪审团对于再找一份工作有多么艰难有着更为深刻的了解——这也是为什么律师认识不到这一点的原因所在。"

"明白啦！明白啦！"爱丽丝说，"那么，为此类情形辩护，我是不是什么忙也帮不上呢？"

"当然不是。"安格斯说，"但是，在我们谈论该问题以前，让我再告诉你一些可能会让事情变得更糟糕的因素吧。大概10年前，布朗斯坦先生曾经一度为你方当事人的某家竞争对手工作，是吧？"

"是的。"爱丽丝说。

"而且，你方当事人曾经承诺说，如果他离开原来的工作到这边来工作的话，会给予他一定的奖励？"安格斯问。

"事实确实如此。"爱丽丝说。

"于是，你们诱使他离开了原来的工作，最终却将他像垃圾一样抛弃了？"安格斯说。

"哎！"爱丽丝说，"你究竟在帮谁说话呢？"

"为了让你明白你的对手可能使出什么招数，我必须站在他们一边。"安格斯说，"而且，更糟糕的是，10年是相当长的一段时间。即使你们公司当年没有采取措施诱使布朗斯坦先生离开他原来的公司，陪审团也会觉得，既然他已经工作了这么长时间，他当然有权继续在这个岗位上工作下去；只有当他故意实施了伤害公司或其他员工的行为时，公司才能解雇他。一般来说，某人工作的时间越长，解雇他就需要更有力的理由。"

"那么，你的意思是，我需要弄清楚我的当事人是否还有解雇布朗斯坦先生的其他理由么？"爱丽丝说。

"如果存在足够正当的理由，"安格斯说，"或许会有所帮助的。"

"为什么仅仅是'或许'呢？"爱丽丝问。

"有两方面的原因，"安格斯说，"第一，如果对于解雇布朗斯坦先生他们并没有靠得住的理由，那么，他们的说法一看就知道是假的——这是解雇布朗斯坦先生的借口而不是他们这么做的真正原因。如果他们笼统地抱怨说，布朗斯坦先生缺乏团队精神、脾气暴躁或者具有其他缺点——对此，他们已经忍受很久了——就更是这样了。——除非这方面的

缺陷真的十分麻烦，而且，在受到再三书面警告或训诫后，反而变得更加糟糕。”

“第二，即使你知道你的当事人具有解雇布朗斯坦先生的正当理由，依然存在以下问题：在解雇布朗斯坦先生时，他们并没有告诉他理由是什么。他们谎称是经济方面的原因。因此，他们的这一做法将使得他们解雇布朗斯坦先生的真正原因看上去像是事后编出来的一样。”

“而另一方面，”安格斯说，“如果事实上布朗斯坦先生确实实施过背信弃义的行为，那么，即使你的当事人当时并不知情，你或许也能够对此加以证明。一些州允许将事后发现的事实作为证明解雇事由的证据。而且，如果某雇员真的实施过蓄意破坏的罪行，陪审团并不在乎该行为暴露出来的时间。”

爱丽丝想了一分多钟的样子，然后问，“安格斯，我觉得你关于真正法律的看法应该是正确的。而且，让我感兴趣的是，这一看法是怎么促使你重新思考整个案件的，包括从证据开示到庭前动议。我能明白，我有太多的工作要做。”

爱丽丝说的对。真正的法律——陪审团认为怎么做才是公正的——是影响所有案件处理的因素之一。例如，以产品责任为例。根据严格责任规则，你根本无须证明被告方有过错就可以把案件提交到陪审团面前。如果梯子、独轮手推车或电锯存在不合理的危险，那么，无论是出于制造商的疏忽大意，还是设计和制造以外的原因，都已经无关紧要了。

但是，一名优秀的原告方律师知道，在庭审中，如果没有任何主观过错方面的证据，单凭这种责任是靠不住的。对于绝大多数人来说，存在过错是公正的基本要素之一；如果你不能证明被告方存在疏忽大意，你的主张就会出现问题。所以，在产品质量案件中，绝大多数原告方律师都会既主张对方存在过失，又主张严格责任。这么做除了让有关产品责任方面的主张变得更加有力外，如果被告方对待其他人生活的疏忽大意态度让陪审团感到愤怒的话，当然还会提高赔偿金的数额。

这一观念同样适用于知识产权案件。如果根据相关的文件和一些专家的证言，足以证明被告人的光电捕鱼产品采用的是你方当事人的技术，那么，从技术上讲，这或许是一个不错的专利侵权案件；以此为基础，你越能证明被告人故意剽窃了你方当事人的发明，你胜诉的把握也就越大。恰如安格斯所言，“获得巨额赔偿的关键在于存在重大的过错。”

工人索赔案件也是如此。得克萨斯州休斯敦市赫尔姆联合律师事务所的J·唐纳德·鲍恩（J. Donald Bowen of Helm Pletcher Bowen & Saunders L. L. P. in Houston, Texas）刚开始执业时，他的指导教师是理查德·B·米勒。他们两个后来到贝克与博茨律师事务所工作。一天，他们正在谈论一起工人索赔案；鲍恩在协助米勒做该案的出庭准备工作。

“我不明白的是，像这样的案件我们能提出什么辩护事由呢？”鲍恩问。

“混合过错。”米勒说。

“可是，混合过错并不是工人索赔案的法定辩护事由啊！”鲍恩说。

“陪审团会认可的。”米勒说。

爱丽丝·勒纳与安格斯面谈以后，过了6个月，我在报纸上看到了爱丽丝这起案件的判决结果。文章说，艾伦·布朗斯坦在其错误解雇案中败诉了；因为，事后发现，在他为被告公司工作的10年时间里，他贪污了公司近5万美元的钱。

第二天，爱丽丝在公文包咖啡馆找到了安格斯并问他，布朗斯坦贪污5万美元的行为是否算是一种蓄意破坏的行为。安格斯对着爱丽丝笑了笑；然后，他转向我说，“我想，她已经开始明白什么是真正的法律了。”

第5章 不公正感

埃德蒙·N·卡恩的《不公正感》（Edmund N. Cahn, *The Sense of Injustice*, New York University Press, 1949）并不是那种你在准备出庭辩护时会拿起来看的著作。卡恩并没有讨论如何作开庭陈述或总结陈词。他也没有讲解证据开示的规则、对直接询问或交叉询问活动进行分析，或者对庭审过程中的各种辩护策略进行评价。

卡恩讨论的是公正问题，他提出了一个貌似简单的观点。

公正并不是一个新颖的话题。对于出庭律师而言尤其如此。与绝大多数人相比，出庭律师更加知道，法官和陪审团希望能够正确地处理案件。但是，出庭律师明白，仅仅有规则层面的支持是不够的，因此，他们会诉诸"正确"、"公平"、"公道"等字眼。但是，我们不愿过度使用这些字眼（我很高兴指出这一点），尽管某些律师并非如此。

但是，迄至近日，卡恩这一著作虽然已经出版五十多年了，他的观点依然相当新颖。公正是如此虚无缥缈，甚至于根本无法予以界定。因此，他认为，诉诸公正是一种抽象之举。这么做只能激发沉思而不可能付诸行动。而且，卡恩认为，"沉思并不能烤出面包来。"

但是，如果说公正是不真实的话，不公正却是实实在在的。每个人都曾经经历过不公正的对待。这种不公正之举触犯了我们大家的共识，以至于我们对此反应强烈。卡恩认为，我们身上都具有这样的倾向，即把他人的不公正遭遇视同为就像发生在我们自己身上一样。"我们人类具有以下天性：将他人的不公正遭遇视同为对我们自己的侵犯。"卡恩说，这意味着，"人类具有与不公正现象作斗争的本性。"

如果卡恩所言不虚，那么，律师的说服任务就应该是，通过本方案件的展开，让对方当事人的所作所为激起人们的不公正感。促使陪审团站到你这一边的不是"该问题的理想解决方案是什么"，而是"他这么做是多么不公平啊"！让我们来看一下卡恩的观点是否适用吧！

我们先从开庭陈述的开场白开始。假设有这么一起事关木材供应的简单贸易案件。由于市场价格上扬，卖方毁约。

先来看一下开庭陈述的一般模式，几乎在美国各地的所有法庭上，你每天都能听到类似的开场白。

陪审团的女士们、先生们，莫里斯法官刚才已经告诉大家，我叫马丁·曼宁。我代理的是本案的原告人艾伦·韦斯特布鲁克。以下是我们律师圈所谓的开庭陈述部分。开庭陈述的目的不是提供证据，而是说明这些证据将证明哪些事实。事实上，我的话以及代理被告方的韦尔卡姆先生的话都不是证据。只有证人席上的证人所作的证言、庭审过程中法官莫里斯允许出示的实物，才是证据。

与证据相比，开庭陈述犹如拼图包装盒上的图案。它旨在帮助你们在庭审过程中如何

拼装这些证据碎片。如果你愿意的话，可以把它看作一份路线图，在举证证据过程中，它将给你一定的指引。

现在，我方准备传唤出庭作证的第一个证人是原告人艾伦·韦斯特布鲁克先生。韦斯特布鲁克先生将会告诉大家，他是本市韦斯特布鲁克建筑公司的所有人和经营者。韦斯特布鲁克建筑公司是承包方，负责建筑或修缮住宅和其他建筑。3 月 18 号那天，韦斯特布鲁克先生与三城木材与建筑材料供应中心签署了一份书面合同。韦斯特布鲁克为了砾石公园路上的一处大型建筑工程，约定从三城方购置 1 000 立方英尺的木材；三城方承诺如期供货。然而，不幸的是，三城方根本没有供应木材，原告人被迫从其他供应商那里进货。

就此打住！开庭陈述已经过去三个段落了，但是，对于这起案件，你却仅仅了解到：约定的木材并没有交货。那么，我是否可以问一下，这会激起你的不公正感么？

现在，让我们再听听另外一位律师的开庭陈述吧！

女士们、先生们，我方来这里的目的是请求你们纠正一个错误。在本案中，我代理的是艾伦·韦斯特布鲁克，他靠为他人建房屋谋生。为了建这些房子，他需要木材。诚然，他也需要砖头、灰浆、管道、电线和涂料，但是，他尤其需要木材。

去年 3 月 18 日，艾伦·韦斯特布鲁克问三城木材与建筑材料供应中心——他们是本案的被告方——是否能够提供木材；为了砾石公园路上一个新区的建筑项目——该项目包括 12 处住宅——他需要这些木材。以 1 237 000 美元为对价——这可是 120 多万美元啊！——他们就此达成协议。他们签订了书面协议。三城方答应供应所需木材，艾伦·韦斯特布鲁克同意支付上述价款。

当三城方承诺将会按照约定的价格供应所需木材时，艾伦·韦斯特布鲁克相信对方会依约履行。他信赖对方。他知道，他能否完成这些住宅的建筑任务将取决于他能否支付这些木材的价款。但是，他未曾料到，等到了商定的木材交付之日，三城方却要毁约，否则就要加价。对方的毁约行为给韦斯特布鲁克造成了至少521 000美元的损失——为此，他多支付了五十多万美元。原本可以带来利润的项目，却几乎让艾伦的事业毁于一旦。

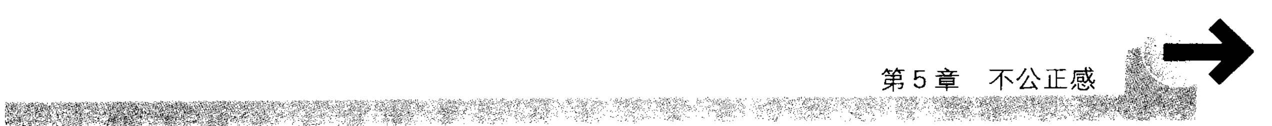
在第一个律师进行到第三段内容时我们打断了他，因此，我们也要在第三段话时打断第二个律师。现在，让我们稍微花点时间，对比一下两位律师在同样时间里的所作所为吧！很显然，第一位律师在套话上浪费了太多的时间，而第二位律师则开门见山直奔主题。这里的经验教训是：套话并不能激起人们的不公正感。

此外，还需要指出以下几点。请注意，第二个律师是如何开场的。他告诉陪审团，他来这里的目的是请求他们纠正一项错误，之后，他具体描述了该项错误是什么。仅仅声称受到了不公正对待是空洞的。律师需要借助语言的力量描绘该错误的影响。

接下来，请注意第二个律师的措辞，尤其是以下动词和名词：“均同意”、“签订了书面协议”、“承诺”、“仰赖”、“他未曾料到”、“食言”、“要求加价”、“毁约”、“几乎毁于一旦”。

这样的措辞简单易懂，而且，富有成效。但是，并不是你一站起来就能想起这些字眼，你需要事先想好怎么说。不过，顺便提一句，这并不意味着你要把你的开庭陈述背下来。相反，背出来的东西往往听上去空洞、做作，而且会让别人觉得你不真诚。但是，如果你事先把关键词准备好了，那么，即使你并没有背下来，在你作开庭陈述时，依然会用到这些措辞。

在我们谈论下一个话题以前，需要再多说一点：我们这里的案件只不过是一起“仅仅涉及金钱”的贸易案件。但是，他依然事关信任、背叛与损失——这些东西都会激起人们的不公正感。



当你开始为激起非正义感而遣词造句时，你将会发现有更多的事情要做：这不仅仅会影响到你的语言，而且，影响你对整个事实解释的型塑。

密苏里州堪萨斯市的加里·罗布（Gary Robb of Kansas City，Missouri），为如何办理产品责任案件这一全国性培训项目撰写的案例材料，是一个相当好的例子。

萨拉·布卢姆英是一名小学教师。一天，她带着三年级的学生去阳光可乐——这是一家软饮料瓶装公司——参观。参观过程中，有一名学生掉队了。布卢姆英在找这名学生的时候，走进了一间厂房：传送带将刚刚灌装后的玻璃瓶子从压力测试机运送到装箱打包机那里。

就在萨拉·布卢姆英走进这一区域的时候，传送带出现了故障：一个带有余温的阳光可乐瓶子卡在了传送带里。在瓶内碳酸饮料产生的压力下，这个瓶子在机器上跳来跳去，最后终于爆炸了，爆炸的碎片飞得到处都是。不幸的是，其中一大块玻璃碎片打在了萨拉的左眼上。

萨拉将阳光可乐公司、中西部传送带制造公司——上述传动带的制造商——告上了法庭。

现在，假设我们是萨拉·布卢姆英的代理人。我们知道，虽然对于任何一名被告我们都缺乏强有力的手段，但是，对于传送带制造商，我们或许会有胜诉的机会。长期代理原告方的经验告诉我们，应当将我方关于产品责任的请求尽可能与高速运转的传送带造成的其他损失联系在一起。如果我们这么做的话，对原告人的同情或许会战胜逻辑，我们将得到一份有利的判决。于是，我们决定，将我方案件的主题确定为人身伤害，并希望陪审团能够认定对方存在过错。

但是，如果我们考虑到不公正感的力量的话，我们或许根本不会将对方的责任与损害赔偿联系在一起。我们将会看到，我们不得不加以证明的对方责任是多么的小，而且，据此，我们是否能够激起陪审团的不公正感是一个问题。

传送带出现了故障，我方的一位专家证人作证说，如果在这些瓶子转弯的地方，传送带上装有护栏的话，那个瓶子就不可能卡在那里，也就根本不会发生爆炸的事情了。据我方专家证人估算，安装这样的护栏，只需在价值275 000美元的设备上多增加 48 美元左右的成本。

中西部传送带制造公司当然会否定说，传送带在设计上不存在任何问题。他们声称，此前，这种传送带只出现过一次瓶子卡住的事情。那是在阳光可乐公司事发 6 个月以前，事情发生在泡泡酿制公司。不过，那一次没有造成人身伤亡。

至此，你应该明白，不公正感将会对你方的事实解释产生什么样的影响了。根据产品责任法的规定，如果产品在设计或制造方面存在缺陷而具有不合理的危险，那么，可以就该产品造成的损害提起赔偿（Restatement of Torts § 402A）。但是，仅仅根据法律允许提起损害赔偿，并不意味着你就能赢得案件。

根据制定法化了的普通法，传统意义上的过错并非证明产品责任的必需内容。但是，如果某公司在决策上确实存在过错的话，或许更能够打动陪审团——这恰恰是因为不公正感的作用。这也正是你应当在起诉对方负有严格责任时，同时起诉对方具有过失的原因。这也正是在萨拉·布卢姆英案的开庭陈述中，你应该以以下方式开始的原因：

女士们、先生们，如果 6 月 12 号你也在中西部传送带制造公司总部的话，你将会明白，该公司的一群高管原本有机会预防悲剧的发生。有通知告诉他们，在泡泡酿制公司，他们生产的一条传送带——他们称之为“900 系统”的新产品——出现了故障。

中西部公司的传送带旨在将各种物品输送到工厂的各个地方。其中，“900 系统”旨

在将瓶子——刚刚灌装后的瓶子，瓶子里装满了饮料，而且有很高的气压——输送到软饮料瓶装公司和酿造厂的相关地方。此前，6月12日，泡泡酿造公司的厂长、副厂长、首席工程师以及销售经理都曾经接到过一份通知，通知说，该公司新安装的传送带装置运行失常。瓶子卡在了传送带里并引起爆炸，爆炸的碎玻璃片飞得到处都是。幸运的是，并没有造成人员的伤亡。

泡泡公司对此高度重视。他们甚至建议说，该传送装置需要安装更多的防护栏才行。

因此，如果你事发10天后去采访这些办公室的话，你将会看到中西部传送带生产公司是如何处理这一问题的。

他们对此充耳不闻。他们认为，根本没有必要花时间去泡泡公司调查那些瓶子的爆炸原因。中西部传送带公司认为，这并不是他们的问题。因此，他们又生产了一套传送带装置——而且，和泡泡公司曾经卡住过瓶子的那套装置一模一样——并将这套装置卖给了本市的阳光可乐公司。

因此，如果2月5号你在阳光可乐公司里的话，你肯定会看到这一经过深思熟虑后的公司决定造成了什么样的后果。

那天上午11点，萨拉·布卢姆英带领着她林肯小学三年级的全班学生，到阳光可乐公司实地参观。11点多的时候，萨拉在例行检查人数时，发现少了一位名叫乔希·麦克基特里克的学生。于是，她开始回头找这名学生。她想，这名学生可能被那些大机器吸引住了，于是，她回到那间安装有传送带的厂房——该传送带与泡泡公司出故障的那条是同一个型号——而就在这时候，“900系统”传送带出现了故障。

瓶子就像泡泡公司那样卡在了那里。而且，像泡泡公司一样，瓶子爆炸了。只不过，这一次，有人在那儿。其中一块玻璃碎片飞过来，扎在了萨拉·布卢姆英眼睛里。这块玻璃碎片有2.5英寸长，其中有2英寸扎在了萨拉的眼睛里。玻璃碎片扎坏了萨拉的视网膜、瞳仁和虹膜。而且，穿透眼睛表皮坚韧的肌肉以后，直接伤害了萨拉眼睛后面的神经末梢。而且，它刺穿了萨拉的视网膜，切断了萨拉的视觉神经。

萨拉到大学校医院就诊时，那块玻璃碎片还在她眼睛里没有掉出来。救护车司机和护理人员唯恐适得其反，因此都不敢碰它。而且，即使在急诊室里，大夫们也没有办法恢复萨拉那只眼睛的视力了，甚至于连那只眼睛的外观也恢复不了了。人的视觉神经一旦被切断……

我们暂且就此打住。此时，你的话已经开始让中西部公司及其律师惶恐不安，而且，开始猜测你将会就48美元的防护栏将会发挥多么大的预防作用发表什么意见了。

这也引出了以下话题。不公正感不仅仅是开庭陈述的指引，而且，如果立足于不公正感的话，还可以让直接询问给人留下深刻印象。有了不公正感，也可以让交叉询问变得更有力。在终局辩论中，如果能够纠正某一错误，将会激励着陪审团积极采取行动。在有正当依据的案件中——例如，允许提出惩罚性赔偿的案件中——此时，应当告诉陪审团他们事实上代表着社区的良知。你可以告诉他们，以违法者能够理解的方式向违法者传递以下信息是他们的职责所在：即，绝对不允许再发生这样的事情了。

与举止得当的心灵接触相结合，不公正感不仅仅是一种论证方式，还是一种真正的说服手段。

第 6 章 具有说服力的组织方式

星期二是第一联邦汤与三明治餐厅供应德式烤肠和泡菜的时间。当安迪·隆德奎斯一脸沮丧的样子走进来的时候，我们一大帮人正在后面的一张大桌子旁吃午餐。

“安格斯，”他说，“我能请你帮我思考个问题么？我不在乎你要多少钱，我需要帮助。”

“就像那些西部游侠一样，”贝斯·戈尔德等说，“脑子好使，就有好工作啊！”

安格斯笑了笑。“什么事儿呢？”他问。

“我有个案件就要开庭了，”安迪说，“我真心想做好这个案件。我已经办理过两三个案件，而且做得还行。但是，这个案件更复杂，比以前的案件更赚钱。

“在整理案件材料过程中，以下问题一直困扰着我：我对于该案的组织方式、时序安排是否适当呢？我越想，问题越多。”

“我想，我该怎么办呢？”安迪说，“开头结尾都要重拳出击？从该案对原告人造成了多么大的影响开始？或者从经济赔偿——医疗费和损失的工资——切入？根据我方诉因的法律构成要件组织事实材料，还是按照事情的时间顺序？或者，我应当从事情的缘由说起，一直说到造成了什么样的损失？”

“我的问题是，我所说的这些案件材料组织方式似乎都属于‘过目即忘’的方式，又似乎会产生‘距离产生美’的效果。”安迪说。

“恭喜恭喜！”安格斯说，“你已经谈到了一项重要洞识。根本不存在绝对正确的案件材料组织方式——这也正是为什么说辩护是一门艺术而非科学的原因所在。

“而另一方面，这也并不意味着案件的组织方式不重要。每天都有很多案件因为疏于事前筹划而败诉。在最基础层面上，案件材料的组织——无论案件有多简单——具有以下两方面的重要意义。

“第一，有助于别人理解你方的案件事实。如果法官和陪审团都不能理解你方的案件事实，你就遭殃了。一般而言，案件事实最合乎情理的一方律师会胜诉。

“第二，案件材料的组织——尤其是借助视听资料的方式让别人看得见、听得到你是怎么组织这些材料的——将会增加对你的信任感。这么做有助于提高你的可信性。因为，这么做会传递以下信息：你做了充分准备；你很熟悉你讨论的内容；你可能会是一名值得信赖的、可以引导法官和陪审团顺利进行审判的向导。”

“但是，远不止这些。好的组织方式本身可以加强你方案件事实的说服力。”安格斯说，“正确的组织技巧不仅会让你方的案件事实变得更清晰，而且，事实上还会协助你说服法官和陪审员支持你。”

很显然，早在安迪·隆德奎斯进门之前，安格斯就已经对此有了深思熟虑的思考。我伸手打开了我公文包里的小录音机。这样一来，在谈话过程中，我就不用再做笔记了。于

是，我录下了以下内容：

清楚明白与简明扼要

尽管接受过以下训练，即如何处理多重的法律关系、权利义务之间的冲突以及现代商业组织错综复杂的结构，但是，并非所有美国律师都能自然而然地做到清楚明白、简明扼要（clarity and simplicity）这一点。

但是，在组织案件材料时，清楚明白与简明扼要是两个极其重要的目标。那么，怎么才能做到这一点呢？

首先，要先找到斯蒂芬·寇维（Stephen Covey）所谓的“巨石”（The Big Rocks）——在与A·罗杰·梅里尔、瑞贝卡·R·梅里尔合著的《要事第一》（*First Things First*，(1994)）一书中，斯蒂芬提出了这一概念。在任何法律案件中，都会有一些引发纠纷的基本事实。即使在那些超大规模的案件中，这样的“巨石”数量也只不过一小把儿。但是，要想找到这些巨石并把它们组织在一起——这样一来，你就可以在30秒或者更短的时间内就你方的案件事实向陪审员作出解释（这是检验你是否真正掌握你方案件事实的最佳手段）——却需要付出极大的努力。

其次，要清理掉那些没有用的东西。每一案件都充满了不必要的细节、冗余的证人、没有用的物证以及多此一举的解释。这都是自我——以创造与发现为荣——带来的麻烦。仅仅因为你想到某一点或者发现了某一点，并不意味着一定要把它拿到法庭上来。只要有一位律师，没有用的东西就会多得了不得，每多一名律师，没有用的东西就会按照几何方式成倍增加。这也正是那些拥有一大堆律师的案件会滋生无穷无尽问题的主要原因之一。

如果你已经从巨石上清理掉了那些没有用的东西，那么，就在你的脑海里——或者，最好以书面的形式——试着以不同的方式将这些巨石组织在一起。这时候，重点在于，要让这些巨石能够以尽可能清楚明白、简明扼要的方式把你方的案件事实表述出来。

此时，你必须暂时放弃你受过的法律训练。当然，你方的案件事实必须证明某一诉因或抗辩。而且，必须证明所有的法律构成要件。但是，这并不意味着你要按照这些构成要件来组织你方的事实。在大师级的埃克森案中，就埃克森公司瓦尔迪兹油轮石油泄漏事故（the Exxon Valdez oil spill）的保险赔偿范围问题，已故的唐·鲍恩（Don Bowen）——得克萨斯州休斯敦市赫尔姆、普莱彻、鲍恩与桑德斯联合律师事务所律师——曾经带领其辩护团队迎战伦敦的劳埃德；当时，他在自己办公桌后面的墙上贴了一幅字，上面写着“真正的律师不会根据法律上的构成要件来组织他们的案件事实”。

你方的案件事实是你整理出来的，因为这些案件事实是人们最初用以讲授、理解、解释各个事件，尽力解决各组事实、熟记各个事件——而非道德规则的工具。

对这些巨石进行随机组合，直到它们能够成为一个有机整体为止。因此，你得到的案件事实或者是按照时序的组合，或者是根据因果关系联系起来的一组事件。

冲击力

但是，有说服力的组织方式要求更高，而不是仅仅满足于让案件事实变得简单易懂。

你希望案件材料的组织方式有助于增强事实对法官和陪审团的冲击力。这种冲击力是促使事实裁判者关心过去发生了什么并愿意为此采取某种行动的前提。

怎么才能给事实裁判者留下这种印象、在哪儿给他们留下这种印象，这不仅取决于你

手头案件的性质，而且，取决于案件材料的组织方式：开庭陈述、举证的顺序、证人之间的排序、直接询问的重点、针对对方当事人如何进行交叉询问以及终局辩论。

这要求必须直奔主题。你的开庭陈述应当是关于为什么会引发本案纠纷的事实解释，而不应该是你将如何证明这些事实的预先说明。如何组织你的开庭陈述，并不是给庭审活动如何展开或者如何组织终局辩论提供蓝图。

这意味着，按照证人的出庭顺序并扼要说明每个证人将证明什么内容的方式来组织你的开庭陈述，其实是一种错误。这同时也意味着，作为开庭陈述的开场白，要想具有冲击力，并非必须论及你方第一个证人将要作证的内容。

开庭陈述的开场白是安排有冲击力语言的不错位置。有时候，甚至应该就是你开庭陈述的第一句话才行——你肯定不想在开口说话的前几秒钟就露出败绩，而此时陪审团甚至还没有适应你的声音和你的长相，你所要谈论的内容还没有来得及展开。

具有强大冲击力的语句应当简短、醒目并让人感到不安，通常情况还应当指出某种亟待予以校正的违法之举：

“10年前，在马克·里韦罗的母亲临死的时候，马克曾经向她保证，他会一直善待他的小兄弟比利。去年，身为售货员的比利被某电脑公司解雇以后，马克自然要在自己的电脑软件公司里给他提供一个位置。”

“但是，马克没有想到的是，早在他弟弟比利来里韦罗软件公司工作以前，他就已经做好了背叛马克的准备，并最终将里韦罗公司重要软件的密码卖给了它强大的竞争对手。”

首要性和新颖性

对于原本同等重要的事情（事实上，它们根本不可能具有同等的重要性），人们更容易相信最先听到的那个版本，更容易记住最后听到的那些内容。因此，对于那些关键事实——即，其他事实赖以成立的某些基本内容——应该放在最前面才行。

因果关系

最具说服力的组织方式之一是，按照各个事件的先后顺序将其联系、安排在一起。这暗示着两件事儿之间的因果关系。尽管这是一种经典的逻辑错误——“P之后发生了Q，因此，P是Q的原因（*post hoc, ergo propter hoc*）”，但是，这却是我们通常思考问题的方式：前面的事情肯定是后面事情的原因。

这种简单的组织技巧之所以能够奏效，其原因在于：它将诱使事实裁判者自己来确立二者之间的联系。如果某些东西是他自己想出来的，那么，这些东西就会成为其观念的一部分。事实上，人们都钟爱自己想出来的东西。

不要一上来就打悲情牌

相当长时间以来，许多原告方律师都相信：在人身伤害案件里，最好的办法就是一上来就谈造成了什么样的损害。这样一来，陪审团就会认为，原告方应该赢。

最近，一些顶尖级的原告方律师对这一传统智慧提出了质疑。

伊莱恩·麦克阿德尔（Elaine McArdle）在《美国律师周刊》上发表了一篇很好的论文，文章名是《原告方应当总是一开始就对被告人展开攻击》（“Plaintiffs Should Always

Start by Attacking the Defendant", *Lawyers Weekly USA*, October 18, 1999)。他认为，在原告方举证时，一上来就打悲情牌是一种危险之举。

其理由如下：

陪审员们会对律师、诉讼程序，尤其是原告方律师产生怀疑——会怀疑这些人只不过是想利用法律制度赚钱而已。在你方案件中，一上来就盯住陪审团原本已经生疑的某个人，这会给你自己招惹麻烦。

人们在听取各项事实时，同时也会对事情作出评价并确定谁是责任人。在你方开庭陈述中，应该一上来就谈论原告人身上发生了什么事情——他是陪审团评判的对象。至于对方，则应当从被告人的行为谈起——他是陪审团审查的对象。

我们一般认为，某些人应当对他人遭受的不幸负责。即使他们并没有做错什么，我们通常认为，仅仅因为他们一开始就参与了，所以，他们要承担部分责任。

不幸会让人感到不安。它让我们感到无助。这些事情距离我们自己越远越好。我们不希望自己也遭遇这样的不幸。

而另一方面，过错——不好的行为，不公平、不公正的现象——会让我们感到愤慨。而愤慨会促使我们希望采取某种行动。

换句话说，在组织原告方的案件材料时，要让陪审团在知道原告人遭受了多么大痛苦以前就对被告人的行为产生愤慨。

对本方的证据提出质疑

无论如何，你的各项证据要能够支持那些看似有违直觉的情境、事实、时空条件和举动。

对于此类证据，要特别留意才是。

为什么？

这是因为，那些异乎寻常、令人感到意外、有违直觉的事实，会让我们产生疑问。这些事实看上去就是不可信的。

无论何时，当你手里有此类证据的话，一定要像法官和陪审员那样扪心自问一下。这难道不是极其罕见的事情么？怎么可能会有这种事情呢？你为什么会这么说呢？

通过对本方证据提出质疑，事实上是一个强化你方证据的可信性并对你方的案件事实加以完善的过程。

与整个案件材料的组织方式一样，何时对自己的证据提出质疑也相当重要。对本方证据提出质疑的时机应当是在陪审团刚刚听到这个证据的时候。

捎带提出你方不对的地方

如果拒绝谈论你方案件事实的弱项，你的对手就会借机让法官和陪审团觉得你在遮遮掩掩什么。

绝大多数律师均认为，这会成为致命性错误。相反，你应该先声夺人，在对方当事人还没有机会说以前，主动提及你自己不对的地方。

但是，这并不意味着你要在开头或结尾的地方以字幕的方式醒目地指出来。相反，一定要简短、柔和；要态度真诚、心态开放；而且，要放在其他事情之间顺便说出来。



结尾要重拳出击

怎么才能做到这一点呢？律师不同，采取的方式也会不一样。但需要牢记一点：与复杂的逻辑推理、华丽的修辞论证相比，一听就懂的事实具有更强的说服力（如，“这是道德命令的要求。这是亟待纠正的违法之举”）。

第7章 判断的焦点

芭芭拉·斯汪森一脸不悦地走进了公文包咖啡馆后面的包厢。

“怎么啦？”我问，“你看上去很不高兴啊。”

“吉米，”她回答说，“你是谨言慎行的大师。可是，事实上，我无法找到一些礼貌的字眼来形容我有多么恼火、多么绝望。”

安格斯从报纸上抬眼看了她一下并问道：“怎么回事儿，芭芭拉？”

“作为某出庭辩护培训项目团队的正式成员之一，我应邀和他们待了一周的时间。事实表明，这段经历真是糟糕透啦！”她说。

“太不幸了。”安格斯说，“我熟悉的绝大多数出庭培训项目——诸如全国出庭辩护研究院组织的那些——都真的非常好啊。你这个是怎么回事儿？”

“制度化了的平庸之风。”芭芭拉说，“千篇一律。根本没有进行尝试或创造的空间。就像比着描红一样。他们认为，他们已经为所有情形准备好了正确答案。

“请听他们在教师用书中，为第一次庭审列出的评论要点。”芭芭拉说，“这是一起原告人受到人身伤害的案件。书上说，‘原告方的律师应当明白，在本方举证的时候，不率先提出原告人伤势有多严重方面的证据，是错误的。因为，在同情因素的作用下，陪审团将会忽略原告方在证明对方负有责任时的某些不足之处。’”

“这么说有什么错呢？”律协里的政治人物迈拉·赫伯特一边拉了把凳子坐过来，一边问，“在人身伤害案件中，我都是从伤害程度切入的——当对方的法律责任比较小时，就更是如此啦。”

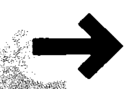
“这些案子你都赢了吗？”里吉斯·麦科密克问道。“一些最新的研究结果认为，在原告举证时，一上来就谈伤害程度是一种严重错误。一上来就打悲情牌会失去陪审团的支持，并让他们觉得你和你的当事人显得过于贪婪——即使在伤害极其严重的案件中，亦然。”

“呵呵。”迈拉一副不置可否的样子。她可能想起了几个月前输掉的那个大案子。

“在过去十年间，人们的态度发生了变化。”安格斯说，“与过去相比，陪审员对律师的不信任感更强了。对于试图通过法律制度索赔的人，他们也表现出更多的不信任。他们心里怀有成见，觉得几乎所有原告人的诉讼主张都有点可疑、有作假的成分、有不真诚的因素。

“而且，无论法律怎么说，法官和陪审员从接触事实那一刻起（如果不是更早的话），就会不由自主地对案件作出评价，并形成他们的看法和态度。当你代表原告方开始你方案件时，他们就已经开始对你方当事人作出评判啦。”

“你的意思是说答案变了么？”迈拉·赫伯特问道，“我们是应当从对方的过错而不是本方的伤害程度开始吗？”



安格斯笑了笑说："我的意思是说，你从哪里切入你方案件意义重大。这是裁判重点的一部分。而且，对于事实裁判者如何裁判案件有着深远的影响。由此，提出了一个你必须回答的根本问题：你希望判决的重点落脚在什么地方？你希望陪审团裁判的核心问题是什么？"

"这很简单啊！"迈拉说，"我希望他们对我的当事人进行审查并判决她胜诉。但是，我不明白，表述方式会有什么影响？"

里吉斯·麦科密克不屑地哼了一声。"无论我代理的是原告方还是被告方，我都不希望陪审团审查我的当事人。"他说，"如果他们真的对他进行审查的话——仔细地审查他做了什么、没有做什么——他们肯定会找到一些他们不喜欢的东西。是的，我不希望他们审查我的当事人。如果他们对我的当事人挑三拣四的话，我们就麻烦啦。还是让他们去审查对方当事人吧。"

"我想，这要因情况而异。"芭芭拉·斯汪森说，"如果他们态度苛刻的话，我希望他们挑剔对方去。但是，有时候，与审查对方当事人行为相比，作为一种更有利的选择，我可能会希望他们重点关注我方当事人的所作所为。"

"当然是这样！"里吉斯说，"这不仅仅涉及行为人，还涉及行为人的所作所为。但是，有个问题一直困扰着我。在我看来，通常情况下，就我方案件而言，对方当事人的错误行为比我方当事人的善意之举，具有更重要的意义。你们对此有什么想法呢？我这么说没有跑题吧？"

"这是一个非常好的问题。"安格斯说，"著名的法理学家埃德蒙·N·卡恩在《不公正感》一书中（Edmund N. Cahn, *The Sense of Injustice*, New York University Press, 1949）曾经讨论过这一点。卡恩认为，请求人们为正义之举往往不会产生多大的说服力。"

"为什么呢？"

"因为公正是难以界定的东西。它只是人们能够认同的一种观念而非概念。因此，诉诸公正只能引发人们的沉思。而卡恩认为，'靠沉思是烤不出来面包的。'它缺少驱使人们采取行动的动力。

"卡恩认为，尽管我们不能就公正问题达成共识，但是，对于什么是不公正之举，却存在着一些基本认识：不公平的行为；亟待纠正的错误之举。卡恩认为，不公正具有让人热血沸腾的力量。"

"真精彩！"芭芭拉说，"纠正错误之举的动力将会促使陪审团采取行动。"

"这绝不是一种修辞。"安格斯说，"在最近一次的问卷调查中，在接受调查的人中，有70%的人同意这样一种观念：法庭审判是一个道德竞技场。在此过程中，做正确的事情(to do the right thing)，比依法作出正确的裁判具有更重要的意义。而在几年以前，持这一观点的人还只有60%。

"当然，一些律师抱怨说，该调查仅仅表明，在担任陪审员时，太多的人会无视法律的规定，按照自己的想法行事。"安格斯说。"但是，我认为，这一调查结果向我们传递了一些更重要的信息。这一结果表明，你应该怎么去办理你的案件——不要对陪审员说，法律规定他们应当得出你想要的结果，而是要让他们看到存在着某种他们有权力加以纠正的不公平现象——不公正的情形。"

"听上去真不错嘛！"善于为保险案件进行辩护的律师迪克·马奇尔说道，"但是，我们被告方呢？我们该怎么做呢？"

"我不想把事情说得过于简单。"安格斯说，"但是，方法之一是，着眼于原告方希望陪审团判赔他原本不享有的赔偿事项。"

"利用不公正感的说法听上去很精彩。"贝斯·戈尔德说，"而且，我明白这么做与裁判的重点是多么和谐一致。但是，怎么做才能让法官和陪审团的裁判重心集中在对方当事人身上，而不是我的当事人身上呢?"

"这里的关键是，"安格斯回答说，"要把你方的庭审活动——包括所有的具体活动——都集中在道德命令上、亟待纠正的错误上。换句话说，在策划你的案件事实解释时，你要这么做：怎么才能找到支持该事实解释的询问主题；怎么才能确定对于证明你方案件真正重要的事实和证人以及最好不要提及的事实和证据。

"从开始动手策划辩护时起，你要经常提醒自己以下重要问题：什么样的开庭陈述才能彰显你方的道德命令，并借此将陪审团的注意力引到对方当事人身上？怎么才能将直接询问集中在对方当事人的行为上？怎么才能通过交叉询问揭露对方当事人的行为及其动机？如何才能通过终局陈述澄清对方当事人试图搅起的浑水，以便让对方当事人的所作所为成为大家关注的焦点?"

没有谁能够一个单词说 30 秒或者更长的时间。但是，安格斯的一番话却激发了所有人的共鸣。

于是，里吉斯说，"真精彩！那么，能举个例子么?"

安格斯看了看芭芭拉，然后看着里吉斯，笑着说，"我想，这一工作最好还是留给你自己，看你自己是如何运用你的创造能力去处理每一个案件吧。我担心，如果我给出'一些学院式的答案'，芭芭拉可能就再也不会来公文包咖啡馆找我啦。"

第8章 损害赔偿导读

绝大多数律师在人生的某一时刻都曾经梦想过通过一个大案赚到数不完的钱。而且，由于绝大多数民事诉讼都会涉及经济赔偿问题，因此，与损害赔偿有关的证明与反证问题就显得尤其重要。

就像其他领域的庭审实践一样，如何确立损害赔偿的依据，与其说与神秘的辩论艺术或天赋的辩论才能有关，倒不如说是取决于辩护原则的灵活运用与扎扎实实的庭前准备。尽管人身伤害案件的赔偿问题极其容易，但是，其据以进行的绝大多数原则却同样适用于所有的诉讼活动。不幸的是，一些律师对于商事案件的肤浅认识却是：由于赔偿问题通常都能够得以履行，因而根本不值得展开深入讨论。事实上，在许多商事案件中，有一些存有疑问或主观性较强的赔偿事项原本也是能够获得赔偿的，而且，绝大多数商事案件的律师，如果能够对人身伤害审判中的注意事项多一点想象力的话，原本可以在赔偿方面为其当事人赢得更大的胜利。

决定赔偿数额

在人身赔偿案件中，第一步是确定：如果诉诸审判的话，准备要求对方赔偿多少赔偿金。而这一数额只有在研究依法可以索赔的所有项目之后才能最后加以确定——这些赔偿项目因司法辖区不同而存在差异：为此，需要知道在类似案件中法院都作出过什么样的判决；估算一下事实和证人的强弱程度；听听资深律师有什么建议——对于年轻律师更应如此。同样，如果案件来自你不熟悉的辖区，那么，咨询一下当地的律师，将有助于你估算此类案件在当地的赔偿数额。

在确定此类案件的赔偿数额时，务必要谨慎。一方面，如果赔偿请求的数额太低，等于违背了你对于委托人所肩负的责任。而且，作为一种示弱的信号，可能会被对方狠狠加以利用。而另一方面，高得离谱的赔偿数额不仅反映了某种不负责任的现实——当秘书起草完所有答辩材料以后，律师连想都没有想就随口说："哦，就要求赔 10 万美元吧！"——而且，或许会对你方案件造成实际伤害。

尽管针对委托人设计了审慎的免责条款，但是，一个明显过高的损害赔偿请求条款却有可能诱发委托人不合情理的期待。如果委托人坚持要求应得赔偿以外的数额，那么，这种期待就会成为双方达成和解的障碍。其次，如果在答辩中提出过高的赔偿数额，很可能会让陪审团觉得原告人是"一个贪得无厌的家伙"，并报之以极低的赔偿，甚至认定对方不负赔偿责任。再次，在和解过程中，过高的赔偿请求会削弱你方的可信程度。如果对方当事人担心法院真的有可能接受你方的赔偿请求，那么，据此进行的论辩通常才具有更强大的作用。最后，一个务实的赔偿请求数额，更有助于与对方达成和解或获得胜诉判决，

这无疑会赢得你方委托人的欢心——这是第一项理由的必然推论。因为，与请求的数额相比，此时的战果可能要辉煌得多。

虽然明白了赔偿数额既不能太低也不宜太高（不过，应该请求多少赔偿金往往会存在较大的分歧），可是，你的赔偿请求应该是多少呢？对此，理论上很好讲，但实际操作起来却比较困难。你请求的赔偿数额不应超过你有合理理由获得陪审团支持的数额，而且，其具体数额应该是你实际想得到数额的两倍。第一项原则的道理非常浅显。但是，第二项原则呢？将你实际想得到的赔偿数额翻一番非常重要，因为陪审员的本能倾向是，判决时会对此作折中处理。在许多案件的陪审团评议过程中，陪审员讨论的起点是从减半后的赔偿请求数额开始的。因此，将你期待获得的赔偿数额翻倍处理，将有助于他们将你期待的赔偿数额作为讨论的起点。但是，困难在于，如何才能协调这两个明显冲突的原则：通过你的证据和论证，为你提出的赔偿请求数额寻找一个信得过的正当基础。

对此，还有一派对立的学说。该学说的基本观点是，你请求的赔偿数额应该就是你实际想要的数额；赔偿请求的每一分钱都有扎扎实实的证据支持，以至于陪审团将判决你想要的一切。根据这一方法，一些律师确实胜诉了。这一方法诉诸人类的正义感和坦诚以待。但是，陪审员折中处理的倾向是如此强烈，因此，你应该慎重考虑大于你实际想获得赔偿的赔偿数额，但不能大得让陪审团感到不悦。

在确定赔偿数额时，你或许还要留心陪审团基于常识观点对案件的看法，而不要去管这些看法是否能够得到法律的支持。例如，在一起过失致人死亡的案件里，如果你代理的是那位年轻漂亮、尚无子嗣的寡妇，那么，即使在该司法辖区内，被告人依法根本不允许论及对方可能改嫁的问题，你也不要期望你真的会得到理论上你有权获得的赔偿数额。陪审团可能会觉得，好端端的她为什么不“再结一次婚”呢？而不会认为，在获得高额赔偿之后，她应该守寡一辈子。

规划一下损害赔偿的证明活动

第二步则需要预先规划一下，你怎么去证明损害赔偿的每一个构成要件。在赔偿数额存在争议的案件中，你必须以用证据证明你方赔偿请求的态度来准备整个案件。

在上述规划过程中，你首先应当努力收集、制作切实有效的实物证据（demonstrative evidence)。图表、放大的照片、视频、录像带、投影、胶片、模型、框架图——任何形式的物证或实物证据（real and demonstrative evidence）都值得考虑。然而，令人感到不安的是，尽管关于实物证据的著述已经很多，但是，太多律师因为偏爱说话——转瞬即逝的声音缺乏力量和活力，而且，很快就会被人忘掉——依然会把实物证据忘得一干二净。而且，即使那些常常因实物证据而受益的律师，也存在着以下倾向：即，尽管他们会在涉及产品责任的案件中使用实物证据，但是，在人身赔偿案件中，却会忽视实物证据的作用。

律师面临的挑战是，要能够运用想象力和创造能力设计出新颖的、能够让伤害的严重程度给陪审团（或法官，当法官负责裁判时）留下深刻印象的方式。试想有一位因交通事故而四肢瘫痪的原告人。尽管陪审员可以亲眼目睹他在法庭上的样子，但是，他们对于原告人日常生活的情况几乎不会有任何概念。因此，与其让他自己讲述应对日常生活中最简单问题所遇到的种种困难——在某种意义上，这么做反而有可能会给人留下他一直在抱怨的印象——倒不如试一下以下方法：请一位职业摄影师拍一段视频，记录下他母亲帮他坐在轮椅上、帮他刷牙、帮他洗脸洗手、给他喂饭、给他梳头、帮助他活动已经瘫痪的四肢以免它们变得僵硬老化——这是每天都必须做的事情。

在商事案件中，要想富有成效地使用实物证据，将面临更大的挑战。正是基于这一原因——也或许是因为某些律师错误地认为，实物证据配不上法人的尊严——往往会在此类案件中忽略实物证据的作用。试看以下简单案例：因市场价格上涨，一方违约拒绝提供某些稀有原料，致使对方遭受了6个月的巨大损失。毫无疑问，在该案中，所有的事实都可以通过言词证据和书证加以证明。但是，借此良机，也可以制作一张大表，在表上逐项列出：因为临时停产造成的利润损失；为从其他地方购置这些原料多支出的成本；寻找替代履约手段过程中附带发生的费用；以及依法可以索赔的其他损失。你甚至还可以向法庭出示一张有关闲置生产线的照片。

无论何时，当你为了证明损害赔偿而使用实物证据时，请注意以下指引：

第一，要简单。图表、列表的内容必须准确。而且，与过度复杂的图表相比，明确、简单的可展示物证（exhibit）才是首选。

第二，大小合适。要尽其所能把可展示物证做得比实物更大一些。法庭几乎都允许播放放大后的图片，而这些图片毫无例外会给人留下深刻的印象。

第三，要尽力把可展示物证做得引人注目一点。

第四，要选择那些可以就你方遭受的损失产生最大戏剧化效果的可展示手段。即使是看似沉闷无比的诉讼案件也能让它灵动起来。

最后，对于陪审团审理的复杂案件，可以考虑为每一个陪审员制作一个小册子，其中收录肯定会提及的所有重要文书的复印件（无论这些文书与赔偿问题是否相关）。

就证明赔偿损失的范围而言，妥善地安排证人证言的顺序——这也是审前规划活动的一部分——与实物证据具有同等重要的意义。为了帮助完成这一任务，一些人身伤害案件的律师会让他们的委托人填写一些表格，以说明受到的伤害对其一整天的生活造成了什么样的影响。这一做法的好处在于，它可以让那些细心的律师注意到一些他原本会忽略过去的细节。显而易见，除非在极其例外的情形下，这些表格不会作为法庭证据使用，但是，却可以帮助你做好庭前的准备工作。

但是，委托人或许能够把文书制作成可以被法庭采纳的证据。损失发生时同步制作的记录是这方面的例证之一。例如，在人身伤害案件中，关于请假时间的记录，或者，在商事案件中，某项交易造成的日常开支。——作为一种商事记录，对方可能会对后者提出异议，因为它是专门为本案诉讼而制作的。但是，根据帕尔默案（*Palmer v. Hoffman*，318 U. S. 109（1943））的判决，法律并没有否定根据事后回忆制作完成的文书的可采性——如果该文书是在该事件发生当时或随后、由对此具有亲身感知经历但无法当庭作证之人制作完成的，而且，制作人能够保证该文书的准确性。在许多司法辖区，这种根据事后回忆制作完成的文书被视为可展示物证（exhibits），并允许陪审员将其带进评议室，但是，根据联邦证据规则第803条（5）的规定，除非是由对方当事人提出的，否则，这些文书只能当庭宣读，而不能作为可展示物证提交法庭。

接下来是专家证言。在人身伤害案件中，最常见的例子是医疗专家。他们将就人身伤害的性质和程度作证（同时，也会证明原告人的伤害原因）。近年来，在办理人身伤害和过失致人死亡的案件中，经济学专家也开始赢得许多律师的青睐。

最后，在就损害赔偿问题准备应诉时，作为案卷材料的一部分，你还应该考虑制作一份有关损害情况的摘要以及一份有关损害情况的详细核对表（a proof checklist）。有关损害情况的摘要在进行和解过程中会显得特别有用，同时它也会成为法庭审判活动的好帮手。如果在和解协商过程中你按照规定向对方开放案件材料的话——由此，你的对手将会看到除弹劾证据以外的所有材料，那么，这样的摘要既能显示出你方案件的优势，又能让

对方当事人明白你已经做好了出庭应诉的准备。

法庭上的活动

证明损害赔偿的第三步是，你准备在法庭上怎么做？同样，这里有一些基本规则值得遵循：

第一，应当挑选那些有赔偿观念的人担任陪审员。这并不意味着在陪审员遴选审查程序中（the *voir dire* examination），应当与他们讨论你期望索赔的数额，而是说，你应当尽力挑选那些在性情上有可能会支持你方赔偿请求的人来担任陪审员。

克雷格·斯潘根贝格（Craig Spangenberg）曾经在其极其精彩的、有关终局总结的视频授课中（Association of Trial Lawyers of American Trial Advocacy Tape No. 172 from the 1972 National College of Advocacy）指出，在我们的文化中，与怜悯某人相比，偿还正当债务更能够赢得人们的支持。因此，总是在月初支付账单并因此拥有 A-1 信用的陪审员，往往是对原告方最有利的陪审员。

第二，在开庭陈述时，一定要为损害赔偿做好铺垫工作。一般认为，在人身伤害或过失致人死亡的案件中，原告方在作开庭陈述时不应提及赔偿请求的数额。理由是，在陪审员了解赔偿请求的正当理由以前，任何具体的赔偿金额，无论其数额多少，听上去都会显得特别多。

这意味着，开庭陈述的重点应该放在责任问题上。至于终局辩论，则应当围绕赔偿问题展开，因为陪审团这时候已经知道提出巨额赔偿的原因了。这一原则非常重要，因此，在进行开庭陈述以前，让法院预先作出以下裁定是一个不错的想法：是否允许被告方讨论赔偿的数额，原告方是否不应当提及具体的总赔偿金额。

但是，这一切并不意味着，在开庭陈述中，你不应该触及人身伤害的事实或者所造成的损失。你应该谈及这些内容。有关严重损失的事实恰恰是讨论责任问题的基本要素之一。

第三，按照普通案件的庭审逻辑，在你方举证阶段，通常要避免在责任问题与赔偿问题之间划一条明确界限。但是，就可操作性而言，在谈论赔偿问题以前，你应当先从责任问题谈起。该项原则还应当反映在你传唤证人的顺序上以及针对每个证人的直接询问中。

第四，终局辩论时，你应该将有关赔偿问题的所有要素整合成一个前后一贯的整体。真正的担心在于，法庭会允许你讨论哪些问题。例如，在某些司法辖区，请求陪审员站在原告人的立场去考虑问题是不适当的——例如，问他们，他们是否愿意为了 1 200 百万美元失去一条胳膊。

在过失致人死亡的案件中，原告方需要面对的问题之一在于，在就根本无从补救的、人的生命提出赔偿请求时，不要让自己表现得像一个莽撞的唯利是图之人。或许，处理该问题的最好办法是：在开庭陈述时就提出自己的赔偿请求，并同时向陪审团解释人类司法制度的局限性，以及因为对于人的生命而言，赔多少钱已经没有意义，因此，这是一种多么难以宽恕的行为。

最后，终局总结是讨论以下问题的不错时机：借助黑板讨论赔偿金数额；再一次展示你方所有的实物证据。在举证结束的时候，要记着提醒法庭把你的这些可展示物证送到陪审团的评议室里，以便他们在评议过程中可以使用这些证据。

第 9 章 佩里·梅森陷阱

在黑白电视机时代，每周都会播一期佩里·梅森的节目。佩里的私人侦探保罗·德雷克怎么也找不到那位躲起来的二手车销售商，而后者原本可以为梅森的当事人提供某种不在犯罪现场的证据。佩里的私人秘书德拉·斯特里特尾随那位神秘的未婚老女人来到了圣莫尼卡市的一间小平房里，并发现后者其实是一位化了装的装卸工人，然后消失于江滨码头的人群中。

没关系。佩里·梅森最终会弄清楚究竟是谁杀死阿纳尔达斯大叔的，并由此证明他的当事人是无辜的。

该节目的高潮部分总能够让人感到满足，而且，剧情也都大体雷同（这或许正是它能够令人满意的原因所在吧）。通过梅森对不诚实的大夫展开机智的交叉询问，突然真相大白。这时候，被告人充满怨艾的、同父异母的姐姐将会从旁听席后面站起来，承认是她杀死了阿纳尔达斯大叔，被告人与此毫无关系。

可以预见的情节、引人入胜的剧情，糟糕透顶的法律。当佩里·梅森开始着手查找真正的凶手是谁时，他已经走得太远了。这是专家们普遍认同的观点之一。

达拉斯的巴里·F·麦克尼尔（Barry F. McNeil of Dallas）指出，“在刑事案件中，辩护律师代表的应当是被告人。”麦克尼尔的这一观点得到了普遍的认可。一旦辩护律师开始从事检察官的工作，佩里·梅森陷阱的逻辑就出现了：因为是其他人干的，所以，被告人是无辜的。

但是，如果辩护律师无法证明这一点——这是很常见的事儿——那么，佩里·梅森陷阱的逻辑就会掉过头来对被告人造成伤害：因为其他人无罪，所以，被告人有罪。

芝加哥市的乔-安娜·P·沃尔夫森对此予以高度重视：“我希望，刑事辩护律师什么东西都不要证明。否则，对被告人没有任何好处。除非你提出了不在犯罪现场或正当防卫的辩护，否则，被告人应当不承担任何证明责任。即使是不在犯罪现场或正当防卫的辩护，也很容易说过头话。”

克利夫兰的杰拉尔德·A·梅瑟曼表示认同：“如果你肩负起证明他人有罪的证明责任，又无法让陪审团相信你是正确的，你就输了。”

而且，当你试图说服陪审团相信其他人有罪时，很容易会兵败而返。首先，你没有州或联邦政府的侦查权作为后盾。恰如沃尔夫森所言，“辩护人不是检察官。他们没有能力履行这样的证明责任。——当他们试图这么做时，他们的当事人就遭殃了。”

其次，在检察官指控被告人有罪，而你又说其他人才是凶手的时候，在陪审团眼里，你已经不再享有中立地位了。

让我们换个视角来看佩里·梅森陷阱的逻辑，你就知道它为什么会这么危险。那么做等于告诉陪审团，你将通过消除真伪不明这一中间状态来解决这一犯罪案件。然而，试图

消除的真伪不明状态——合理怀疑——恰恰是被告人最好的辩护理由之一。

此时，即使你试图维持这种真伪不明的状态，它依然会消散殆尽。强调凶手是其他人，将会把大家的注意力从控方指控的缺陷上转移到其他地方。沃尔夫森再次强调说："必须对控方证据是否充分发动攻击，否则，你就是一个不会辩护的废人。根据证明责任理论，你就能胜诉。这一宪法原则的迷人之处在于，如果适用得当，它会击败检察官种种穷凶极恶的策略。"

你会说，好吧！你心服口服啦。应该很容易避免跌入佩里·梅森陷阱了吧。终究，这只是一种用以描述电视谋杀案的文学手法，不是么？

抱歉，事情远没有这么简单。

首先，很容易在无意间掉进这样的陷阱里。克利夫兰的杰拉尔德·S·戈尔德指出，"在开庭陈述时，如果辩护律师过于想引起陪审团的关注，就会跌入这样的陷阱。"

戈尔德说得对。开庭陈述是许多律师引火烧身的地方。具有讽刺意味的是，其原因之一可能在于，他们都知道开庭陈述的地位太重要了。而且，深信开庭陈述可以决定成败的律师却很容易变得夸夸其谈起来。但是，不管基于何种原因，许诺容易兑现难。

在戈尔德看来，佩里·梅森陷阱是缺乏经验的律师经常遇到的问题之一。讨论非争点问题是错误的。"不要什么东西都争执。"戈尔德说，"不要对所有证人都进行交叉询问。不要对控方指控事实的所有内容都提出质疑。不要追究尸检的全部细节。当你提出质疑时，也就意味着，你对提出的每一个问题都真的有话要说。如果子弹的位置在哪儿毫无意义的话，将其作为争点问题就是一种错误。"

梅瑟曼也持类似的看法。"你的成败很大程度上取决于你准备争论哪些内容。不要质疑整个警察局。这么做，你不会赢。一些委托人有时候会对我说，在警察与 FBI 之间存在着一个巨大的阴谋。除非你有把握，否则，一旦你提出这样的问题，你就输定了。我总是寻找最稳妥的胜诉途径——这么做，我只需证明最少的内容就行。"

事实上，像 O.J. 辛普森案这样极其罕见的例外恰恰证明了上述规则。

芝加哥的洛娜·E·普罗普斯——他曾担任过检察官——认为，佩里·梅森陷阱的工作机理与不在犯罪现场的辩护很像。如果你提出这方面的事实，那么，一开始你就不要提这一问题，否则会更糟。"这太常见了，"普罗普斯说，"律师们相信委托人的话，并试图去验证它。被告人说，他有在家看电视的不在场证据。他不可能去实施犯罪，因为当时他正和他的母亲、侄子一起在家看《纽约重案组》(*N. Y. P. D. Blue*)。"

"但是，没有谁愿意费时间去查一查那天晚上是否有《纽约重案组》的节目——但检察官除外，而且，他会发现，因为那天晚上有篮球直播，《纽约重案组》的节目被取消了。"

当然，一项辩护理由不成立的原因有很多。就像佩里·梅森陷阱那样，原因之一在于，辩护理由走得太远了。一些芝加哥市的检察官至今依然在谈论一起几年前判决的持枪抢劫案。该案的唯一争点问题在于，控方的那些证人关于被告人的辨认是否正确——被告人的绰号叫"布卢（Blue)"。

所有的控方证人都说，他们认识被告人，因为他们之间很熟。所有证人都把被告人叫做"布卢"。

辩护律师对所有的控方证人都展开了攻势凌厉的交叉询问，并试图借此表明，他们事实上与被告人根本就不熟。你们知道被告人双臂上是否有独特的标记吗？你们谁知道被告人身上是否有刺青？

没有一个控方证人知道被告人身上是否有独特的标记。

为了让陪审团明白，这一辩护是有事实根据的，而非单纯假设。那位律师让被告人脱下他的衬衫，以便陪审团可以亲眼目睹控方证人遗漏了什么。

结果是，大家在被告人的一只胳膊上看见了一个硕大的刺青“BLUE”。

芝加哥的西里尔·J·麦克尔哈格认为，你也可以违背规则着手去证明真正的凶手是谁。如果你能做到，那就太好了。“问题是，”麦克尔哈格说，“当你有意步入佩里·梅森陷阱的时候，你会产生一种糟糕透顶的感觉：你赖以下行的栏杆，可能会突然间变成了锋利的刀刃。”

以下是来自克利夫兰法院的例子。某个周六晚上，被害人的汽车出了故障。于是，他停车，走进街角的电话亭打电话求助。因为对当地的治安不放心，他锁上了车门并把钥匙拿在了手里。无意间，他把钥匙放在了电话下面的金属托盘里。

就在他打电话期间，两名男子持一把改造过的手枪劫持了他，并强迫他走出电话亭，对他实施了抢劫，还痛打了他一顿，并威胁说要崩了他。之后，他又打了个电话——这次是为了报警。

周一的时候，警察抓到了其中一名被告。当时，他正开着被害人的车兜风。

检方以持枪抢劫罪对他提起了指控。

在开庭陈述中，辩方律师决定采取指控他人的策略。“被告人并没有持枪抢劫。”他说，“他根本没有参与这起犯罪。我并不是说他是天使。我们承认，他开走了被害人的车。但是，他与持枪抢劫案毫无关系。那是其他人干的。在庭审过程中，我将会告诉你们那两个真正实施抢劫的人的名字。”

危险么？当然啦。

这么做能奏效么？一位目击证人出庭作证说，他亲眼目睹了抢劫的整个过程。两名男子劫持被害人后，很快就跑没影了。于是，本案的被告人走过来，看见了电话托盘上的汽车钥匙和停在街角的汽车。基于当时的有利情形，被告人拿了车钥匙，开走了被害人的汽车——该证人证言事实上还描述了该社区的情形。

当目击证人说出那两个实施抢劫行为的人的名字时，案件达到了高潮。检察官所能做的唯一工作只能是，拿出笔记本，记下来那两个人的名字。

你会说，好吧，除非在这种可遇不可求的案件里，你会避免承担这样的证明责任。不过，且慢！又如何解释“好的进攻才是最好的辩护”这一观点呢？主动出击不行么？难道辩护方只能坐在那儿，在整个庭审过程中只念叨“合理怀疑”的咒语么？

这些问题提得很好。首先，做什么与怎么做是两件截然不同的事。为了避免掉进佩里·梅森陷阱，你不应承诺太多。但是，这并不意味着，在你有把握时，依然不能给控方迎头一击。也不意味着，你不能提出证人或者事实证明某项辩护理由。

这仅仅意味着，你务必要小心谨慎。

但是，佐治亚州亚特兰大的亚伯拉罕·奥多弗警告说，千万不要因为谨慎而束手束脚，贻误了你方的最好辩护时机。“在某些案件中，”奥多弗说，“你所能做的唯一事情是，坐下来，尽力找控方的漏洞。在另外一些情形下，你需要更积极的辩护。在适当的情形下，如果你有证据支持你的辩护理由，你则应该尽其所能以最有效的方式对此加以证明，同时防止跌入佩里·梅森陷阱。”

对于这种案件，克利夫兰的约翰·派尔有他自己的方式。“传统的说法是，”派尔说，“你可以通过好的开庭陈述赢得胜利。但是，这时候你要格外小心。此外，有时候，我会怀疑传统说法的可行性。”

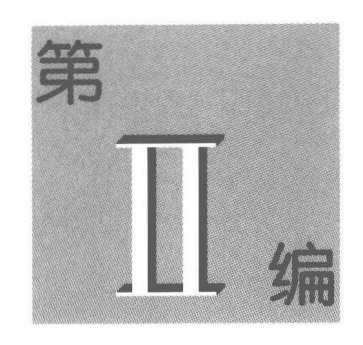
“在开庭陈述时，与其承诺太多，不如和缓一些——不是声音，而是在实质内容上。

之后，在对控方证人进行交叉询问时，再埋下怀疑的种子。通常情况下，暗示其他人具有实施该犯罪行为的动机或该犯罪行为是他人实施的，或者，其他人有实施该犯罪的时机，会是引发合理怀疑的最好种子。”

“做得好的话，”派尔说，“无须你去承诺你想证明什么，这些种子自己就会变成一种该犯罪行为系他人所为的可能性。之后，在终局辩论时，你可以运用修辞手法提出一连串的追问，帮助这些种子茁壮成长，并强化合理怀疑的观念。‘10 月 23 日，比尔·杰克逊并非唯一一个出现在克利夫兰的现场的人。我们不是已经知道，卡罗琳·麦格斯那天也在克利夫兰吗？控方的证人不是也承认，卡罗琳·麦格斯也有一把 0.38 口径的手枪吗？’”

一句话，避免跌入佩里·梅森陷阱并不能保证你一定会赢，跌入陷阱也并不意味你一定会输——但是，跌入陷阱将会大大增加你输掉案件的可能性。因此，如果你发现自己已经掉进了陷阱里，那么，就只能寄希望于你的检察官也能像梅森的老对手汉密尔顿·伯格一样笨了。

汉密尔顿·伯格总是输！



庭前准备



第 10 章　庭前准备之策划

"我似乎不需要任何帮助啊。"桑德拉·基戈尔说，"我的意思是，这有什么难的呢?"

桑德拉·基戈尔刚做律师不久，她挂出自己的招牌还不足一年的时间。她对安格斯说上面这段话时，她正在准备她的第一起案件——该案离开庭审判只有两个月时间了。

"我很高兴芝加哥有这么一位朋友，他总是说些吓唬我的话。"她说，"他会说：'桑迪*，为了避免发生径行驳回（a directed verdict）之类的事情，你要做的工作多么的吓人。'"

"但是，我非常镇静。"桑迪说。"我想，就是办一个案子嘛，又不是必须具有某种超常能力才行。不是么?"

"我不是很确定我是否听懂了你的意思。"安格斯说，"如果你已经做好了一切准备，我又能为你做些什么呢?"

"或许你可以帮我看一眼我需要做哪些工作的清单，告诉我是否还遗漏了什么内容。"桑迪说。

安格斯看了一会儿桑迪的提纲，然后开始提问了。

"这是一起年龄歧视案件?"安格斯问。

"是的。"桑迪说。

"你代理的是原告方?"安格斯问。

"当然。"桑迪说。

"她是一位 47 岁的女性?"安格斯问。

"是的。"桑迪说。

"我的问题是，"安格斯问，"根据你的提纲，我看不出来你是否有一个自己的事实解释（a case）。因此，我的建议是：在你做下一步工作以前，看一下你的全部案件材料，列出其中的基础事实——就你需要证明什么，哪些内容你已经有证据证明了，列一个提纲。"

制作一份审查清单

"分成以下三个步骤，可以帮助你完成你的工作。"安格斯说，"第一，分析你方的诉因（cause of action）。写出每一个你必须举证证明的所有构成要件，以免法官会根据对方请求作出径行驳回裁定。

"第二，在每一个构成要件下面，列出你已经找到的、用以证明这一问题的证据。而且，要保证你列出的证据都具有可采性。仅仅因为某人在附誓陈述（deposition）里说过，

* 桑迪（Sandy）为桑德拉（Sandra）的简称。——编者注

或者写出来过，并不必然意味着它就可以作为证据使用。

“第三，这并非法律规定，但是，作为一项个人习惯，它可以帮助我少很多麻烦。”安格斯说，“对于你方案件事实中必须举证证明的构成要件事实，你一定要有——至少有——两种截然不同的信息来源。它们可以是各种文书、实物证据、对方的自认、附誓陈述，或者，某个人的证人证言。不过，一定要保证，对于每一项事实，你要有两个独立的信息来源才行。

“如果对于你方案件事实的某一构成要件，你只有一个证据，那么，你通常都会遇到麻烦。证人可能想不起来；文书可能会遗失；附誓陈述中的话突然会显得模糊不清或模棱两可。于是，你不得不手忙脚乱地去找其他材料来弥补这些漏洞。——如果你原本就有其他方面的证据，当然好啦！”

桑迪听得很专心。“太精彩啦！”她说。她太兴奋了，以至于根本没有注意到把安格斯吓了一趔趄。

第二天上午，桑迪带着一份新整理的清单，来到第一联邦汤与三明治餐厅。这份清单比上一份详细了很多。

“看看我，”她一边说，一边把清单递给安格斯，“距离庭审还有 7 周时间，我就已经都准备好了。

“顺便说一句，你关于列清单的主意太棒了。我发现了一些证据比较薄弱的点。其中有一个，我甚至根本忘了准备证据啦。不过，只用了两天时间我就把它弄好了。”

“看上去不错，”安格斯说，“现在，你可以为开庭审判做准备了。”

“开始准备？”桑迪问，“那么，你觉得我现在在干什么呢？”

安格斯笑了笑：“审查清单很有用，但是，也仅仅是有用而已。它只不过是一份你必须向陪审团证明的、最基本事实的清单。但是，关于最基本事实的要求并不会告诉你如何办理这个案件，就像不会告诉你如何生产一辆汽车、画一幅伟大的作品、设计一个新的计算机芯片一样。

“你已经有了一个契合这些事实的法律依据（the legal theory）——不过，仅此而已。它并不等于案件事实的解释（the theory of the case）。

“真正的事实解释需要做更多的工作。真正的事实解释是一套解释，该解释可以让这些事实变得合乎情理、能够为法律规则涵摄、能够唤起人的认知感（the sense of plausibility），以至于会让人觉得它是真实可信的。真正的事实解释会赋予这些事实以生命，从而可以让法官和陪审团自己‘看到’过去发生了什么。真正的事实解释会点亮人心中的正义感，以至于他们希望你这一边能赢。”

“但是，你究竟是怎么做到这一点的呢？”桑迪问。

“这就是第一步。”安格斯说，“就像你说的：‘这有什么难的呢？’”

看看你手里有什么东西

“接下来要浏览一下你方的所有案件材料，以确定都有哪些证据。”安格斯说。

“你觉得这之前我在干什么呢？”桑迪说。

“我知道你读了一些法规、查找了一些判例，并制作了一份必须举证证明的事实清单。之后，你收集了能够证明这些事实的证据。找到这些证据后，你就住手了。

“但是，这还不够。”安格斯说，“现在，你需要看看你手里有什么东西。你需要留心常规与例外、优势与不足、反常现象与前后不一。为了真正掌握案件的发展脉络，你既要留心

事实之间不甚和谐的地方，又要关心在此类案件中大家都觉得会出现的大量常规信息。"

"你需要不断问自己：'事实真相究竟是什么?'，尤其要问一问'为什么会这样?'

"这是因为，几乎你手里的每一项证据都存在着某种扭曲。并不是只有你的案件是这样，世界上所有的案件都是这样。任何一份附誓陈述、任何一句话、一封信、一份备忘录——一切的一切——都会以特有的方式被扭曲。没有任何东西是真正客观的。而且，只有明白了这一点，你才能处理好手头的案件。

"之后，你必须体会人们会相信什么东西、不会相信什么东西。否则，法庭审理过程中，你根本不可能成为法官和陪审团愿意依赖的向导。"

桑迪的眼睛瞪得大大的。"哇奥！"她说。

"因此，从浏览你的所有案件材料开始。"安格斯说，"与此同时，制作四份清单：

"● 你方的优势

"● 对方的优势

"● 你方的弱项

"● 对方的弱项"

"你不会真的把这些内容都列出来吧?"桑迪问。

"除非你不想打赢这场官司。"安格斯说，"在你制作这些清单过程中，你要特别留心对方的优势与你方的弱项。"

"为什么呢?"桑迪问，"我认为，对抗制的核心在于：提出你最好的论证（make the best argument you could)。我想，找出你自己最强有力的证据、对方最薄弱的证据，至于其他证据，忘掉它都行。"

安格斯看了看桑迪。"法学研究中，最大的错误观念之一就是：如果有了强有力的论据，就可以忽视你自己的弱项。"安格斯说。

"我们谈论的不是你所能想象到的、极端情形的说服问题。在策划你方事实解释时，你必须考虑到对方的优势和你方的弱项。否则，你会跌入以下最常见的陷阱：你会被你自己的夸夸其谈所左右。"

"等一下。"桑迪说，"被自己的夸夸其谈左右有什么不对呢? 我记得，你总是说，你必须相信你方的案件。——如果你自己都不信，又怎么让别人信呢!"

"你说的对。"安格斯说，"关键在于，要把你试图说服他人的内容限定在可信、合乎情理的范围内（plausible，reasonable)。——也即，你自己能够相信的范围内。正因为如此，你需要特别留心你方的弱项和对方的优势。否则，你会盲目相信别人根本不可能相信的东西。如果法官或陪审团对于你的论证嗤之以鼻，那么，这样的论证会毁掉你自身的可信性。

"这又把我们带到了以下问题上来：为什么要实实在在地列出以下四份清单? ——你方的优势；你方的弱项；对方的优势；对方的弱项。你希望能一目了然地看到这些信息。在大的案件中，你可以在你办公室——或者找一个更大一点的会议室——的四面墙上，贴上这四份清单。

"除非你已经了解了对方案件事实，否则，你不可能真正了解你方的案件事实。而且，除非你从对方的立场出发看问题，否则，你也根本不可能真正了解对方的案件事实。"

讲述你方的事实解释

"然后，你要列出案件事实的提纲。"安格斯说，"把过去发生的事情组合在一起，以便让所有事实都显得合情合理，让听到它的人都希望你会赢。

“这项工作的核心是，向别人讲一遍你的事实解释。”

桑迪问：“不是要根据案件的法律要件组织事实么？”

“绝对不能那样。”安格斯说，“你必须覆盖所有的法律要件，但是，这与你如何组织你方的案件事实无关。现实生活中，人们绝对不会按照法律的规定组织自己的事实材料。优秀的叙述者会从重要的情节讲起——尤其是关键情节——并围绕故事中的人物、他们身上究竟发生了什么事儿徐徐展开相关的事实。”

“哇奥!”桑迪说，“我什么时候才能这样啊？——也只有这时候才能说我做好开庭准备了。”

“还没有呢。”安格斯说，“然后，你还要思考以何种方法向法庭展示你方案件。”

“包括在法庭辩护过程中不要说‘like’、“wow（哇奥)”这样的口头禅么?”桑迪说。

“你真棒!”安格斯说。

第 11 章 强有力的答辩

上周五的时候，迈克·阿德勒在第一联邦汤与三明治餐厅找到了安格斯，希望和他坐下来聊一聊。

“事实上，我需要你的帮助。”他说，“我准备在联邦法院提起诉讼——这是我在联邦法院办理的第一起案件。在把这些诉讼文书提交法院以前，我想找人帮我看一眼。我担心自己写得不好。”

迈克手里拿着一些传唤通知和一份起诉状（the summons and complaint）。于是，安格斯说：“让我们看看你写的东西吧。”

安格斯看了一遍所有的材料，包括封面页上的信息以及为支付起诉费用而开具的支票。然后，他问：“你写这些材料以前，对于委托人所说的内容，你调查了吗？”

“当然调查啦。”迈克说，“我可不想在联邦法院的第一起案件中，就因为草率起诉（frivolous pleading）而受到第 11 条规定的制裁。”

“哦，看上去你干得不错。”安格斯说。

律师是迈克从事的第二份职业。当这些技术细节得到安格斯的认可时，他显得很高兴。但是，他并没有把这些材料要回来。“可否请你再帮我一个忙呢？”他问，“你能否帮我看一看起诉状的内容呢？”

“当然可以。”安格斯说。

过了四五分钟的样子，安格斯抬起了头。“你是去年春季从法学院毕业的吧？”他问。

“是的。”迈克说。

“看起来你一定上过温特教授的民事诉讼课。”

“你怎么知道呢？”迈克问。

“因为这几乎是一份《联邦民事诉讼规则》所谓的‘通知性起诉书’（notice pleading）的范本之作。”

迈克笑了。他站起来，伸手要拿这些诉讼文书。但是，安格斯并没有给他。

“这正是你希望的结果么？”他问。

“为什么不呢？”迈克说，“我在这份起诉状上花了大量精力，并尽力把它压缩在几页纸的范围内。你知道，只向被告方提供案件事实的基本信息，要把大量的事实细节留到证据开示时再说。这么做不对么？”

安格斯看了看迈克。“但在通常意义上并非如此。”安格斯说，“如果准备向联邦法院递交这些传唤通知和起诉状，你当然只需考虑联邦规则的规定了。如果对方提出动议，要求更详细的陈述，法庭将会裁定驳回。如果他们提出动议，以缺乏具体的诉讼主张为由请求法庭驳回起诉，也不会得到法庭的支持。与绝大多数起诉状相比，这是一份法律文书的上乘之作。”

"但是?"迈克说。

"但是，现在规则已经改了。"安格斯说。

"我们现在有了新的规则。我们学的就是这些规则。"迈克说，"现在，法律允许提出通知性起诉书。在答辩书或起诉状里，你没有必要把案件事实的所有内容都写进去。在1938年，就已经不这样了。或者说，至迟在1944年联邦最高法院作出迪奥加迪案（*Dioguardi v. Durning*）判决以后，就不这样做了。"

安格斯笑了笑。"你说的对。"他说，"法律依然允许提出通知性起诉书。

"但是，根据联邦规则第26条的规定，会自动进入证据开示程序。"

"这与我撰写起诉状的方式有什么关系呢?"迈克问。

"起诉与答辩决定着证据开示程序。"安格斯说，"一直都是这样，不过，现在比过去严重了。"

迈克·阿德勒再次坐了下来。

"第26条中，重要的字眼是'答辩内容要具体'（pleaded with particularity）。"安格斯说，"在对方第一次证据开示中，对方当事人必须告知你以下事项：就你方'答辩的具体内容'，可能持有相关信息之人的姓名、地址以及电话号码。而且，如果他们持有与你方'答辩的具体内容'具有相关性的文书、资料和其他物品，那么，他们必须向你方提供这些文件或物品的副本，或者，提供这些文件或物品的描述及其存放位置。

"而且，他们应当自动履行上述义务——除了向法庭递交传唤通知与起诉状，不需要你方再做什么事情。根据这一规则确立的方式，你方的起诉状不仅是启动审判程序的通行证，同时还是你方的第一次证据开示申请书。"

"我从来没有想过这两个规则会联系在一起。"迈克说，"我把它们视为两个彼此独立的问题。这么说，我该怎么办呢?我是否应该重新写一份起诉状，把更多的事实写进去呢?"

"这个问题问得好。"安格斯说，"许多律师会说：'没有必要，就这么着吧。对方当事人会从你的起诉状中获取大量的信息，除了必须告诉他们的信息，你不能说太多。这不是你方的任务。如果他们想知道什么的话，让他们在证据开示程序中自己问好了。'

"'此外，'他们认为，'在起诉状中，你涉及的细节越多，当案情因证据开示出现新情况时，你就越无法补救。'"

"这听起来像是一种艰难的平衡游戏。"迈克说，"一边是证据开示，一边是额外的风险。是么?"

"也不完全是。"安格斯说，"如果你坚持采取通知性起诉状的话，并不意味着你就得不到任何证据开示的材料。这么做只是缩小了第一轮证据开示中——在案件的初始阶段——对方当事人必须向你提供的信息范围。在证据开示程序启动以后，你依然可以提出全方位的证据开示请求。"

"啊，是这样的。"迈克说，"因此，我觉得，起诉状的内容要具体或许根本没有那么重要。"

"但是，还有一个因素值得考虑。"安格斯说，"是否适用新的规则，很大程度上取决于你碰上的法官是谁。如果是法官冈恩，他会要求你们双方都必须严格遵守第26条的规定。但是，如果是法官兰瑟姆，只要你们不会因为证据开示方面的纷争来麻烦他，他根本不在乎你们的具体做法。在法官里迪克那里，如果双方当事人不想适用第26条的话，则需要就此达成一项诉讼契约。"

"哇奥。"迈克说，"这里面还有这么多说道啊。"

“还有一点。”安格斯说，“这是一起违约案件，是么？”

“是的。”

“那么，千万不要提出诉讼欺诈的请求。”

“我想过这个问题，但是，我发现要想证明对方的意图（intent）太难啦。”迈克说，“不过，对方当事人的所作所为很像是欺诈行为啊。”

“或许，你愿意就此再深入想一想。”安格斯说，“联邦规则第 9 条（c）规定，在以欺诈或认识错误为由起诉时，必须具有具体的情节；但是，如果以恶意或意图实施某行为为由起诉时，则只需一般说明即可。

“要求欺诈指控必须具有具体的情节（pleading fraud with particularity），完全是出于操作性考虑。对于欺诈，起诉容易证明难。除非看上去你的指控已经相当扎实，法院系统不喜欢处理这样的诉讼请求。

“在你的这起案件中，既然被告方具有实施欺诈的征兆，那么，就此进一步收集具体的事实并没有坏处。——即使刚开始的时候你事实上并没有起诉对方欺诈的意思。因为，当需要应对司法机关可能出现的敌对态度时，你可以据此提出一些具体的请求。让法官从一开始就对你方案件事实持怀疑态度是没有意义的。”

“哇奥，我不知道这里还有这么多门道。太谢谢你了。”迈克一边说，一边伸手去取他的那些材料。

安格斯并没有还给他。“你急着走么？”他问。

“当然不急。”迈克说，“还有事儿么？”

安格斯回答说：“我想请你扮演几分钟的联邦地区法官。一个有能力、有良知的，而且是已经有五六年审判经验的法官。可以么？”

“当然可以。”迈克说。

“那么，你说说，在你刚开始从事法官工作的时候，对于分配由你审理的每一期案件，你都会阅读所有的起诉、答辩材料么？”

“当然会。”迈克说。

“这是因为你想知道你将要审理的是一起什么案件么？”

“就是啊！”迈克说。

“那么，说真心话。”安格斯问，“现在你还会这样吗？当你有五六年审判经验以后，你还会阅读所有起诉、答辩材料么？”

“是的，我想会的。”迈克说。

“好的。”安格斯说，“但是，并不是所有人都会。而且，绝大多数法官是通过审前会议了解这是一起什么案件的。”

“那么，一个月你能看到几份真正用心构思的诉讼文书呢？我的意思是，简洁明了、通俗易懂的答辩书和起诉状呢？”

“哦，肯定只有几份吧。”迈克说。

“肯定不会太多。”安格斯说，“如果你幸运的话，一个月会有一份。通常情况下，一个月甚至一份都没有。你看到的绝大多数诉讼文书都充斥着华而不实的废话，遵循的是五六十年前传承下来的正式法律文书格式。”

“作为一名法官，你每天都会读到以下答辩材料，‘兹被告人乃前文数项诉讼请求所指之人，其辩护理由将依次向贵庭声陈如下：……’或者，用以下语言风格写出来的起诉状，‘基于被告人的过错、疏漏、拒斥，根本没有依照合同约定的期限，即应于 6 月 14 日或之前予以交付，履行合同义务’。”

“这就是你看到的绝大多数材料。那么，试想一下，当你在自己负责审理的案件中遇到了一份简洁明了、通俗易懂的诉讼文书，你会作何感想呢?”

“是一种解脱。”迈克说，“不，感觉会好得多，欣赏对方，事实上会很高兴。”

“对啦!”安格斯说，“那么，为了赢得法官的这种反应，律师多花点时间是否值得呢?你别介意。这只是一个修辞性问题罢了。”

“好吧，下一个问题。你坐在自己的办公室里，正在阅读一起重大案件的诉讼文书。那么，对于文书中的内容，你怎么制作阅卷摘要呢?对于你从起诉状与答辩状中获取的信息，你又会作何处理呢?”

迈克一副苦思冥想的样子。“我会逐项阅读他们的事实主张。”他说，“我会将事实问题与法律适用问题区分开，以便可以弄清楚这起案件的所有情况。”

“错。”安格斯说，“你想象出来的这种做法只会出现在法学教授的梦境里。”

“你处理这些信息的方式就是你从小就掌握的方式。你整理事实的方式也正是你在生活中所使用的方式。你会根据叙事的方式学习、思考，并对信息进行分析、作出处理。(You learn，you think，you process，you analyze through stories.)”

“叙事的方式（story）是人类处理信息的最基本机理——包括事实、观念与原则。”

“从人类早期，人类就开始使用叙事方式教授知识、理解外物、记忆旧事、传承道德观念并让外部世界变得别有深意。”

“你对此存有疑问么?那么，想想你刚上法学院时、第一次上合同法课的情形。”

“从此时起，如果我们清理掉所有的叙事方式。你不能阅读任何判例——它们是叙事的方式。上课时，老师不举例子、不作假设——它们也都是叙事的方式。你所看到的只是《合同法重述》中白纸黑字的具体规则。那么，你觉得你能顺利完成这门课的学习任务么?”

“当然也能。但是，这么做需要花很长的时间——甚至是几年的时间。因此，你更愿意采取这样的方式去学习：你会自己想出来一些例子——你自己的叙事方式——以便于理解这些规则。当然，这些例子可能契合这些规则，也可能与规则并不契合。”

“由此，我们获得的教训之一是，当你向别人提供了一大堆未经加工的信息，却没有提供一条叙事主线的话，他们就会自己弄一个叙事方式出来，以便可以对过去发生的事情作出解释。他们会创造出一些推动故事发展的故事角色，甚至给他们起个名字。而且，这些角色都有理由和动机去实施特定的行为。”

“其中，最有趣的事情是，人们以这种方式选定某一个叙事方式后，他们甚至会对那些与其叙事方式不相吻合的事实‘充耳不闻’。”

“真是令人印象深刻啊。”迈克说，“看起来，在所有诉讼文书中，我都应该采取叙事方式，以便于法官一上来就可以沿着正确的思路展开思考。你真的觉得这么做会大有帮助么?”

“很难讲。”安格斯说，“不过，有些人对此深信不疑。他们认为，任何动议、答辩、案情摘要、备忘录都应当讲述一种本方应当胜诉的叙事。不过，与好的开庭陈述相比，起诉与答辩要稍微逊色一点。因为对于后者而言，很难充分展开或者叙述完整。但是，如果通过起诉或答辩，让法官一开始就站在你们一边，那就真的大不一样了。”

第12章 非正式调查

法学院的教育状况并不好。尽管现代法学教育具有许多优点，但是有关事实调查的教育肯定不在其列。

原因之一在于，绝大多数法学院教材的主要内容是上诉审法院的判例。在这些判例中，法院系统为了支持其判决结果已经对事实进行了很精心的整理。原因之二在于，在课堂上，这些优秀教师使用的都是假设的教学案例。原因之三在于，在通常的模拟审判（初审）中，“卷宗”通常只有五六页之多。但是，罪魁祸首则是法学院的期末考试题：为了回答这些问题，原本需要解决不计其数的法律问题，但是，考试只要求学生写上几段话就可以了。

基于上述原因，后果就可想而知了：事实都是已经整理好的、拿来就能用的，以便于法学院的学生运用法律规则进行涵摄推理。

然而，校门外则是恰恰相反的迷人世界，在这里，法律规则看上去比事实更具有确定性。

关于事实问题的错误认识，也不能完全归咎于学术界。对此，还有法律规则自身的原因。以证据开示规则为例。这些规则的绝大多数内容，根本不能真实反映律师与证人是如何获取证据信息的。

不过，法律确实调整着当事人双方如何才能从对方获取相关的信息，在法庭上如何记录正式的证人证言。这就是证据开示方面的规则。由于证据开示是在法律调整下展开的，因而，我们倾向于说，这种规则是至关重要的内容。由此，将得出以下奇怪的结论：正式的证据开示是了解事实的最佳手段。

错！

证据开示或许是了解证人会怎么说的最佳手段、或许是将证人或对方当事人关于事实的特定说法固定下来的最佳手段，但是，就获取信息而言，它却是一种昂贵、低效率的手段。

这里的建议不是要你忽视证据开示的意义，而是希望不要忽视那些非正式的调查手段。因此，本章的主题不是附誓陈述、对方的自认、书面的讯问记录、律师与委托人特权或者律师工作成果规则。相反，我们将要讨论的内容是：借助其他方式查明事实真相——即，得克萨斯州达拉斯的罗伯特·G·维尔（Robert G. Vial）所谓的“捕捞作业”，或，四处嗅寻重要的证据信息。精于此道是优秀出庭律师的标志之一。

得体的“捕捞作业”需要一些基本要件：适宜的个性特征；一些简单的技巧；一件小装备以及正确的信息来源。

个性特征

让我们先列出所需的个性特征。它们是：好奇、怀疑以及条理感（a sense of context）。

对此，我们均稍作解释。

好奇是小学低年级之后、绝大多数正规教育体制均不会予以认真培养的个性特征。（“放下那只乌龟，强尼——那是科学实验课用的。”）

试看以下例子：绝大多数律师在办理汽车与火车相撞案件时，为了确定事故究竟是怎么发生的，往往会满足于正常的证据开示与证据调查活动。当然，我们应当阅读所有的陈述笔录、各种报告、讯问记录、附誓陈述。但是我们或许还可以做点其他事情。我们或许还可以去了解一些这方面的术语、与某位工程师随便聊聊、查阅一些照片或图表。

几乎没有人会钻进火车头，看一看火车司机事实上是如何加速或刹车的。

但俄亥俄州克利夫兰市的克雷格·斯潘根贝格（Craig Spangenberg）是个例外。在“鸣笛萨姆”案中，通过亲临火车头车厢，克雷格找到了被告人不作为的证据。

在该案中，斯潘根贝格代理的是原告方——他是一个农民，他的卡车拉着一车猪粪，卡在了一处极其危险的铁路交叉口里。

除了一处提醒驾驶员前方有铁路的标志，此处交叉口没有设置任何保护性标志。原告声称，当火车开过来时，既没有鸣笛也没有响铃。

原告方的上述主张，令被告方忍俊不禁。因为这辆出事故的火车是由“鸣笛萨姆”驾驶的——此人恰恰是因喜欢鸣笛而赢得了这一绰号。

基于曾经在火车头车厢工作的经历，斯潘根贝格明白，出事故的这种火车头，刹车与节流阀是两个不同的象限仪。一个由右手控制，一个由左手控制。刹车和节流阀的控制杆大概有腰这么高。而鸣笛，则需要拉头顶上的绳子——绳子一端装着木制的手柄。

在对鸣笛萨姆进行交叉讯问过程中，斯潘根贝格对于驾驭这位证人一开始似乎显得有点力不从心。因为有好几次，萨姆都借助其喜欢鸣笛的口碑蒙混了过去。

后来，斯潘根贝格与萨姆开始就火车在弯道上行驶时——尤其是同时还要减速时——的驾驶细节纠缠不休。这时候，在操作上，火车司机事实上必须同时操作刹车与节流阀。为了将火车的速度降下来必须操作刹车杆；为了保持整个火车慢下来、以免在弯道上刹车时后面的车厢涌过来发生脱轨的危险，则必须操作节流阀。

克雷格请萨姆解释一下，在火车驶近那个铁路交叉口时的情形——这是一段弯度很大的弯道，而且，火车正从高速行进路段驶入低速路段——于是，他们俩就此时如何对刹车与节流阀进行复杂操作展开了交锋。萨姆说，这是该行程中最难操作的路段了。

这时候，斯潘根贝格提出了以下核心问题：

问：好的。当你一只手在操作刹车杆、一只手在操作节流阀时，你又是用哪只手拉响汽笛的呢？

萨姆的回答非常经典：

答：这可难住我啦。

为了“捕捞作业”，你需要具备的第二项个性特征是怀疑。不是那种可以让一个原本易于相处的人变成疯子一样的偏执狂的猜疑，而是一小盏当某个地方出现差错时会发出微弱信号、以引起怀疑的警灯。这是一种感觉，经过适当引导，即使某些事情表面上并不存在差错，也会因为其“过于正确”而引起你的警觉。

另外一起与火车有关的案件是个不错的例子。这是一起几年前发生在新英格兰的案件。

这又是一起发生在铁路交叉口的案件。但本案的另一方不是运东西的农民，而是一辆由一群十几岁男孩开的老爷车。事故发生在深夜，当时的情形似乎是：这些孩子们试图与火车进行比赛，看谁能先通过交叉口。因此，对于原告方而言，案件的前景看上去十分暗淡。



仅仅基于全面掌握信息的需要，原告方律师请求对方提供火车停车时的所有相关数据——车厢的数量、火车的载重情况、当时行进的速度、轨道的等级、刹车时车轮与铁轨的摩擦系数，以及列车司机采取刹车措施后火车靠惯性滑行的距离。

这辆火车当时正行驶在限速每小时 35 英里的路段上。在附誓陈述中，列车司机坚持说，在事故发生前不久，火车的实际车速要低于每小时 35 英里的限速。

要求对方提供上述所有信息的举动表明，原告方律师准备咨询相关专家以确定这些信息是否准确。也即，火车的载重情况、滑行的距离以及其他因素，是否与列车司机所说的、列车当时的运行速度相吻合。

其结果是：这些信息确实吻合，而且吻合的程度已经达到了数学上的精确程度——这引起了原告方律师的警觉。

他把他的担心告诉了一位世交好友——一位退休的老列车长。这位老列车长告诉他，事故发生后，列车编组人员习惯上都会尽力编造列车滑行的时间。而且，通常情况下，列车运行的时速都会比限速高 20 到 30 英里。

令原告方律师困惑的是，（如果真是这样的话）怎么才能找到那个为了掩盖列车超速行驶的事实而被修改的数据呢？绝大多数数据信息看上去都无可争议，而且，如果列车的车速是真的话，干吗还要去伪造其他信息呢？

那位老列车长问原告方律师，他是怎么知道火车载重情况的。

“是他们告诉我的，”原告方律师回答说，“而且采用的是书面讯问记录的方式（written interrogation）。”

“这意味着什么呢？”那位老列车长问。

“这意味着他们已经就他们回答内容的真实性进行了宣誓，而且采用的是书面形式。”律师回答说。

那位老列车长一副不以为然的样子：“他们是否给你明确列出了每节车厢里装的是什么货物及其重量呢？”

在进一步的证据开示中，原告方律师请求对方提供明确的清单；但是，铁路方却回答说，这些记录清单找不到了。于是，原告方律师明白他已经找对方向了。

现在，问题是如何搞到当时运载货物的详细记录。

事后证明，这再容易不过了。那位退休的老列车长顺便去该铁路办公室看望一位老朋友，利用闲聊空隙，他查了一下对方的档案，找到了铁路方声称已经找不到的那些载货清单，并复印了一份。

本案的结果非常令人满意。

不出所料，铁路方的辩解思路是：事发当时，那些十几岁的孩子正在与火车飙车。铁路方甚至还提出了一位专家证人——这是一位物理学家。他根据正确的运算公式解释说，火车滑行的距离、火车载重情况、轨道的等级、车轮与轨道之间的摩擦系数等信息，可以完全印证列车编组人员关于火车当时车速的证言是对的。

关于该证人的交叉讯问很简单。首先，这位专家证人承认，如果这些事实信息错误的话——例如，火车的载重情况——那么，他的结论肯定也是错的。其次，这位专家证人承认，这些信息是铁路方提供的。当原告方律师请铁路方的专家证人根据那份所谓“已经找不到的”运货清单所记载的实际载重情况，重新计算火车当时的行进速度时，该案的结果——在法庭传唤第二个证人以前——已经定了。

为了成功地进行“捕捞作业”所需的第三个个性特征是一种特殊的理解力，即语境感（a sense of context）。这是卓越的律师与最优秀的事实报告人都会拥有的能力之一，这是

一种发现情境证据（circumstantial evidence）的创造性能力。

这种能力与人的理解力又是什么关系呢？很简单，发现情境证据的天赋源自关于世界的基本理解。事实并非单纯的存在（facts do not just exist）是一项基本洞识。任何事件都不是在真空里发生的。它们都有一定的来龙去脉（context）。如果你想证明这些事实，就必须了解这些事实的来龙去脉。

一位年轻人获得了某家族公司的一些股票。这是岳父大人在其婚后不久给他的礼物。这些股票代表了某公司10%的份额——该公司拥有一家已经有“稳定听众”的广播电台。这些股票并没有办理转移登记，这位女婿也没有得到任何书面证明材料。这是一件友好的、发生在家庭内部的私事。而且，每年这位女婿都会高高兴兴地收到一笔可观的分红。

然而，紧接着发生了两件事情。那家广播电台转向了更大众化的流行音乐（并因此提高了市场占有率）；那位女儿离开了这位年轻人（并因此削弱了他的重要地位）。

受此影响，那位岳父大人宣布收回这位年轻人原来的股票份额。他说，这是一项附条件的赠与，而且，事实上是给他女儿的，或者，是给这对夫妇的后代的——但肯定不是给这位年轻人的。

这位年轻人觉得有点不对头，于是，开始寻求法律方面的帮助。当时，他先后咨询过三个律师。这些律师在与那位岳父或那位岳父的律师通过电话以后，均认为这位年轻人根本没有起诉的必要。他们告诉他，由于缺乏书面证据，因而找不到证明这些股票就是他的有效办法。

之后，这位年轻人又找卡恩咨询。通过一下午的“捕捞作业”，卡恩已经获得了一公文包有利于这位年轻人的信息。

卡恩知道，任何事情都不是在真空里发生的。因此，他开始探寻这些事情的来龙去脉。那家公司的会议记录在那位岳父掌控之下，而且很容易篡改，因此，他不能从那里开始。但是，卡恩知道，任何公司都必须交税并同时列出公司的所有人。而且，卡恩还知道，任何广播电台都要向美国联邦通信委员会（FCC）提交年度报告。于是，他推测，这些年度报告也会把广播电台的所有人列出来。他是对的。在过去五年时间里，一大堆由那位岳父大人签字的表格均表明，这位年轻人是该公司10%股份的所有人。

在联邦法院审理该案过程中，双方唯一的争点只剩下赔偿数额的计算问题。

好奇、怀疑与语境感——这是成功进行“捕捞作业”必须具备的三项个性特征。但是，并非仅此而已。你还需要适当的技巧、一些装备和正确的信息资源。

技 巧

以下是一些值得注意的技巧方面的建议。

1. 要亲自做。可以肯定的是，你每小时的收费标准肯定要比私人侦探、准法律人士、助理、法律职员的高。不过，同样可以肯定的是，你可以把某些工作委托给别人去做。事必躬亲是不可能的。

另一方面，也存在着一些很有说服力的、必须亲自去做的理由。在职业生涯的早期，尤其如此。

首先，为你工作的那些私人侦探和雇员知道你想要什么，而且，他们往往急于取悦于你。有时候，这种急于证明什么的欲望会影响到他们的报告。但是，当你知道这些报告内容的真实情况以后，你或许会感到失望。

其次，私人侦探和其他雇员根本不具有律师的思维能力。他们不可能知道哪些材料可

采、哪些材料不可采。受此影响，他们带回来的信息材料可能毫无用处，而有时候他们又会错过、你自己肯定能够发现的重要事实。

对于刚从业不久的律师而言，最好的方法是所有的事情都亲自尝试一次，并由此学会怎么才能把这些事情做好。之后，你就会知道什么时候委托他人来做、什么时候必须亲自出马。

2. 尽可能早地展开“捕捞作业”。着手得越早，就越有可能获取全面的信息。记忆会模糊，事实的细节会很快淡漠。尽早找证人谈话的第二个原因在于，人们很容易认同那些重视其证言的一方当事人。因此，比对方先见到证人并听取他们的陈述，会很有帮助。

3. 亲自去。很显然，你可以通过电话与人交谈。然而，有时候，当面的交流又是必不可少的手段。与证人面谈就是很好的例子。即使某个证人已经在电话里说了他不想和你交谈，但是，面对面的时候你或许可以说服他。有时候，一再坚持不愿意与你交谈的证人，在你亲自登门拜访时，却会告诉你他知道的、原本“拒绝说”的所有真相。

4. 亲临现场。亲自看一看意义重大。它会帮助理解事实的真相、帮助你展开调查、让你的直接询问变得更加得心应手，而且会提高你在交叉询问时控制证人的能力。

千万不要以为这一建议只适用于人身伤害类案件。在抵押贷款纠纷中，亲自去看一看抵押的购物大厦，或者，亲自去看一看运送货物时所用的、存在缺陷的包装箱。几乎所有案件都会有一个可以提供帮助的现场。

5. 做好记录。尽管有证人笔录，但是，关于某些物品的大小或外观，关于某些事情发生经过的第一印象，都要立即记下来。

对于有利的证人、不利的证人以及说自己什么也不知道的人所说的话，要养成一个制作记录的习惯。采取任何方式都行——书面的笔录、录音或者录像。

6. 保护你的书面记录或录音资料。有经验的私人侦探，在记录他人的话时，往往会在每页纸上都留下一些错误。他们这么做是为了让陈述人来纠正这些错误——如果陈述人没有发现这些错误，私人侦探会指给他们看。这些改正的痕迹将证明，该记录的每一页内容都曾经陈述人核对并最终同意。

其他保护措施包括，请证人在每页纸上都签上他名字的缩写，并注明他已经看过整个记录、记录的内容是真实的。不要把某句话的句号留在某页纸快要用完的地方、段与段之间不要空行——这些都是一些比较细节的事项。这些保护性措施将防止对方争辩说，某些内容或某页纸的内容是后加进来的，或者，缺了某页纸的内容。对于诸如此类的保护性手段，在 A. 莫里尔的《庭审之道文选》一书中（A. Morrill, *Trial Diplomacy, Selected Text*, 171—78,（Court Practice Institute, 1973））有更为详细的论述。

值得注意的是，尽管具有亲身感知的经历对你有利，但是，作为签字活动的目击证人对你却没有什么好处。为了可以作为证人证明某一材料是某人签字确认的，你或许必须退出某起案件才行。因此，最好的办法是，找其他人来目击这一签字确认过程。

装　备

接下来的话题比较简单，而且，对某些人来说，或许还会显得有点浪漫。恰如一份有关渔具的广告单会让某些垂钓迷兴奋不已一样，关于硬件装备的想法也会激发某些律师的丰富联想。毫无疑问，事实调查活动需要有好的装备才行。

你可能会觉得艾伦·莫里尔列出的以下装备清单很不错：

- 可以随身携带的录音机
- 快速成像的照相机
- 录像机
- 具有 100 英尺内存的录音带
- 木匠们用的 6 英尺长的卷尺
- 手电筒
- 放大镜
- 指南针
- 文件夹
- 笔记本

(See A. Morrill, *Trial Diplomacy*, *Selected Text*, 168—69, (Court Practice Institute, 1973))

消息来源

让我们先从互联网说起吧。这是一种获取信息的有效手段，而且几乎可以说是神奇的手段。

但是，并非仅此而已。还有一些手段也非常有价值。

就像青年律师密尔沃基的经验教训表明的那样，正确的消息来源有时候并不是最显而易见的那个来源。密尔沃基试图从退伍老兵管理中心获取一些信息，却碰了一鼻子灰。他刚成为某家律师事务所的第三位合伙人，律所委派他去打探一些管理得比较宽松的医疗记录。——对于这些医疗记录，病人已经放弃了要求医院保密的权利，但是，退伍老兵管理中心却拒绝合作，不愿交付这些记录。

密尔沃基放弃了将其作为退伍老兵档案予以查询的思路，相反，他决定以查询军队记录为名获取这些信息。他给军法署署长写了一封内容简单的信件（在信里，他只字未提在退伍老兵管理中心遇到的困难），过了几天，他就拿到了这些档案，而且是由退伍老兵管理中心直接寄过来的。

一方面，律师们都很善于获取医院急诊室的记录、有关天气或启动车辆的报告。而另一方面，有时候，却会忽视拖车司机、救护车、护理人员以及其他急诊服务人员的作用。

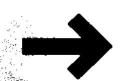
报纸储藏室是个宝库。许多律师似乎忘了，许多公共图书馆都设有负责文献检索的图书馆管理员。打个电话，这些人会提供相应的服务。

诸如 Westlaw 和 Lexis 之类的法律研究工具不仅可以用来查找判例。而且，其计算机检索功能，还可以帮助查询某位专家证人的法庭表现，以及你的对手是否发生过类似的案件。

在产品责任案件中，商业上的竞争对手往往可以提供丰富的信息。而且，与那些只是为了在特定案件中出庭作证才研究某一产品的大学教授相比，这些商业竞争对手更了解这种产品，更明白这种产品的不足在哪里。

在专利案件中，就某项发明填写联邦证券交易委员会（the Securities and Exchange Commission）的 10K 表格，往往会比提出专利申请本身更麻烦——即使由同一家律所负责这两项业务的文案工作，亦是如此。

绝大多数办理过人身伤害案的律师都知道，所有保险公司都是保险索引局（index bureaus）的会员单位，而且，对于起诉这些保险公司的案件，该机关都会制作记录。因此，



在这里，可以找到某保险公司的全部诉讼记录。不过，该机构只为保险公司及其律师的利益服务，原告方律师通常很难直接看到其档案记录。

与保险索引局相比，保险公司档案馆（the insurance company pool files）的名气稍小一些。不过，这里汇集了各保险公司投保人的信息，而且，往往还会有投保相关人的信息。

但是，你慢慢就会明白，最重要的信息来源莫过于你自己多年来建立起来的人际交往圈——你新闻界的朋友、银行办公室的朋友、其他律师、审计师、医生、商界的朋友等等。他们是你了解世界的窗口。

最后，如果你开始着手“捕捞作业”的话，你会慢慢发现，一种新的偏见也正在慢慢形成。即，当你想知道某件事情时，你不是诉诸正式的听证程序或提出书面申请，而是先问问自己，是否还有获取这一信息的其他渠道。当你形成这种思维方式的时候，你才算真正的上路了。

第13章 有关附誓陈述的基本技巧

安迪·隆德奎斯一脸焦虑的表情。“安格斯，”他说，“我想和你谈一谈。我遇到麻烦了。”

就像真的遇到了紧急情况一样，安格斯急问：“被起诉了？”

“不是。”安迪说。

“那就不算很糟嘛。”安格斯说，“不过，究竟怎么回事儿呢？”

“是附誓陈述的事儿。”安迪说，“我明天要听取证人的附誓陈述。可是，此前我从来没有做过呀。”

“你在开玩笑吧！”安格斯说，“你已经在温迪斯特姆与克拉舍联合律师事务所工作四年了，你怎么会从来没有制作过一份附誓陈述呢？”

“真的。”安迪说，“这正是我焦虑的原因之一啊。我已经不在温迪斯特姆与克拉舍联合律师事务所工作了。三个月前，像我这样资历的律师，有超过一半的人都被解雇了。其中，也包括我。”

安格斯点了点头。“我听说了。”他说。

“不管怎样，”安迪说，“我现在自己干啦。我正在办理一起建筑案件，明天我要去录制一份附誓陈述。对此，我真是束手无策啦！”

“总会有办法的。”弗拉什·马格鲁德说，“申请推迟几天。我就经常这么干。”

“我已经申请延期三次了。”安迪说，“这也是我焦虑的原因之一。我想，我应该去听听这方面的课，但是，我哪里有时间啊—— 再说，也没那么多钱。”

“说来听听。”里吉斯·麦科密克说。

安迪说：“我需要的是一些指引，而不是复杂的技巧。一些基本观念就行，只要别让我在明天上午9点去录制附誓陈述时看上去像一个彻头彻尾的傻蛋就行。”

“我可以给你一些建议。”安格斯说，“但是，这些只是极其有限的建议。”

“好啊。”安迪说。

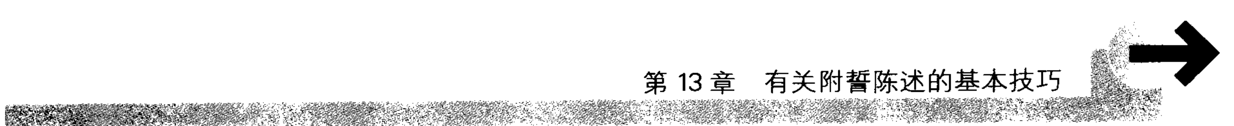
“而且，我不能保证你看上去不会像个傻蛋。”

安迪掏出了一个笔记本，并在纸上写下了一行字：“不能保证你不像个傻蛋。”然后，他开始边听边记笔记了。

开始着手准备

在你制作附誓陈述以前，你必须做三件事情：

1. 研究起诉、答辩文书和所有的文书。同时，制作阅卷笔记。
2. 要了解你准备制作的是哪种附誓陈述。



3. *写下你制作附誓陈述的提纲，而不只是列出你要问的问题。*

首先，一份附誓陈述仅仅是证据开示计划的一部分，而且，通常这时候还不需要为出庭做准备工作。相反，此时，通过书面提问的方式，已经获取了对方的姓名、时间、地点、产品的运行情况、序列号等所谓的“硬信息”——对方会毫无争议地提供这些信息。之后，通过提出书面请求，已经获取了所有的基础性文字材料。因此，在附誓陈述时，你要做的第一件事情是研究起诉和答辩的材料、对方针对书面提问所做的回答以及所有的文书资料。

其次，你需要知道你要制作的是哪种附誓陈述。这是因为，你要完成的工作与你如何去完成它有着密切的联系。

具有证据开示性质的附誓陈述（the discovery deposition）是最常见的一种附誓陈述。通过这种附誓陈述，你可以尽可能多地了解本案的情况并明确这位证人会说些什么。

作为证据使用的附誓陈述则截然不同。此时，你的目的不是为了发现什么事实，而是为了在庭审前将你方的部分案件事实固定下来——通常用于本方证人。

此外还有一些其他类型的附誓陈述。具有和解性质的附誓陈述是一种向对方当事人表达和解意向的材料。通过此类附誓陈述，你的目的是充分展示你方的实力——向证人问一些简洁、难以回答的交叉询问问题——以期让对方当事人认真考虑一下是否真的要闹到法庭上去。

一些律师会还会根据对方专家证人的附誓陈述判断本方的事实解释是否站得住脚。不过，这种做法的问题在于成本太高。这么做需要向对方当事人透露太多关于你方主要庭审策略的信息，而且，有可能收获并不大。

无论是哪种附誓陈述，如果你在开始时就对此已经胸有成竹，那么，你肯定知道你该怎么做才好——即使你做的时候显得并不是很老练。

最后，制作附誓陈述的提纲，防止遗漏你需要涉及的所有要点。

不过，不要只是写下你准备问的问题。如果你事先准备提纲的话，它会引导你去做每一件事情。这样，你就可以看着提纲进行提问，而不是被证人牵着鼻子走。你就可以专心于你自己的问题，而不是证人的回答。更重要的是，按提纲提问，可以防止以下情形：因为证人表示不理解你的问题、沉默不语或者事实上是在回避提问时，你必须进行追问。

常用诉讼契约

偶尔，对方律师或者是法庭报告人会问：“这属于常用诉讼契约（the usual stipulations）么?”与合同法不同，此时，如果你没有回答说“不是”，可能就会被视为默认同意。

但问题是，没有谁真的能说清楚“常用诉讼契约”究竟是什么意思。这种契约通常具有以下效力：放弃要求提供附誓陈述的证人阅读并签字的权利。——或许你并不希望放弃这一权利。

为什么不呢？这么做不是正好可以让对方证人和律师省很多事儿么？

非也！放弃要求对方阅读并签字的权利通常意味着，该附誓陈述虽然在法律上与曾经证人阅读并签字的附誓陈述具有同等效力，但是，在现实生活中，这种附誓陈述的使用却总是会遇到一定的障碍。

如果证人没有阅读该附誓陈述并签字，那么，当你试图据此将其固定在某种说法上时，他就会拥有太多推诿的借口。

“我没有说过这样的话啊，肯定是写错了。”

“真对不起，如果我知道他们真是这么写的话，我肯定会要求补正的。”

“你们这些律师究竟是怎么回事啊？为什么不早让我看一下呢？这是不是你们自己编造出来的？”

因此，真正办过案子的律师通常都不希望放弃要求证人阅读并签字的权利。

公式化套话

在绝大多数附誓陈述中，制作附誓陈述的律师总喜欢开篇先来一段看似标准化、公式化的套话。与其这么做，倒不如采取一问一答的方式且确保证人对于每一个问题都做出响亮的回答。首先，这么做等于将那些公式化套话转化成了一系列防止证人推诿的笼子——这在开庭审理时将大有裨益。其次，这么做可以让证人逐步形成“听”与“回答”的巴甫洛夫反应，而不是走“听”与“反驳”的老路：

问：你知道你来这儿的目的是就 2004 年 4 月 2 日威斯康星州肖尔伍德市发生的不幸提供正式的证人证言么？

答：是的。

问：你明白这是宣誓后作证，而且，你已经宣誓说，会如实作证？

答：是的。

问：我会问你一系列问题。如果你没有听懂，请告诉我！

答：好的。

问：如果你没有听清楚，也请告诉我。

答：好的。

问：如果你没有说出来，我们会想当然地认为你已经听懂并理解了这些问题。

答：好的。

问：如果你想休息一下，喝杯咖啡或去趟洗手间，或者你只是觉得有点累了，只管告诉我。

答：好的。

问：如果你说出来的话，我们会暂时休息一会儿。

答：好的。

问：但只有一种情况不行。在我提出问题但你还没有回答以前，我们不能中断、也不能休息。你明白吗？

答：明白。

或许你还想告诉证人如何修正附誓陈述中的记录错误。不过，许多律师倾向于在询问快结束时再说这方面的内容。

听证人长篇大论

制作附誓陈述不仅仅是为了收集各种事实——对此，你需要借助简短、密集的非开放性问题（closed-end questions）来完成。如果你制作的是证据开示类附誓陈述的话，就更是如此了。此时，你需要的是充分、完整的回答。在以后的诉讼活动中，你可能会借助简短且只能用“对还是不对”来回答的提问，将证人钉在某种说法上，但是，此时此刻，你需要让证人畅所欲言。你需要的是全部事实。

怎么才能做到这一点呢?

有两个很好用的手段：大标题式问题和开放性问题。

通过大标题式问题告诉对方谈话的主题。就像这样：

问：昆西女士，你曾经在大激流市客运总站见过马克·罗尔斯顿先生吗?

答：是的，见过一次。

问：我想请你谈谈这次见面的情况。

请留心刚才这段对话。通过很少的语言，我们提出了一个宽泛的话题。那么，再来看什么是开放性问题吧。——这是一些询问谁、在哪儿、什么时间、基于何种原因、用何种手段、干了什么等内容的问题。在此，尤其要注意有关原因方面的提问。在法庭上进行交叉询问时通常不能问的那些危险性问题，恰恰是附誓陈述中你所需要的提问。

不过，不要就此止步。在问完有关谁、在哪儿、什么时间、基于何种原因、用何种手段、干了什么之类问题以后，要接着问一些有助于帮助你理解本案事实的问题。你需要了解证人的基本态度、她的偏见、她的观点。因此，要听取证人的解释、询问证人当时的反应、对这一情形的看法、她的感觉、她当时是怎么想的、又是怎么做的?

你是不是担心证人对某些问题的回答不能作为法庭证据使用呢?

不能用又怎么啦?

在附誓陈述中，判断一项问题是否适当的标准在于：它是否能够引导证人说出具有可采性的证据。只要能，就都是好问题。

追　问

每个人都会隐瞒一些内容。所有人都这样。因此，在你制作附誓陈述过程中，要明白你的证人也会这样。为了出色完成附誓陈述的任务，你需要培养三项个性特征。与非正式调查一模一样，你需要具有以下品质：

1. 好奇。
2. 怀疑。
3. 语境感。

把好奇放在第一位是有原因的。如果你是一个充满好奇心的人，你会想尽办法打探各方面的事情。你会狼吞虎咽地阅读各种材料。你会建立获取信息的人际关系。对于真正了解事实真相的人，你会热衷于弄清楚她知道的所有内容。如果你是一个真正好奇的人，那么，除非已经弄明白了事实的真相，否则，你绝对不会就此罢手。

怀疑也很重要，但作用的方式有所不同。它会在脑海里给你敲响警钟并告诉你“哪儿有问题”。它会让你在原本已经心满意足的地方继续挖掘下去。

语境感将帮助你明白从哪儿切入。语境感是这样一种感觉：它会告诉你，假如证人说的是真话，那么，肯定会留下某种文字记录。这是一种直觉。这种直觉会促使你去寻找能够印证或反驳对方说法的情境证据。此时，向提供附誓陈述的证人询问一下有关情境证据的内容，也是值得的。

请注意，所有有关动机、手段和作案机会的证据都具有相关性。在法庭上，这些证据都具有可采性。因为人类经验告诉我们，这些证据都非常有用。因此，一定要深挖动机、手段和作案机会方面的证据——在附誓陈述中，尤其如此。

晃一下机器

你见过玩弹球机（the pinball machine）的高手吗？我说的是那种老式的弹球机：一堆锃亮锃亮的弹弹球、一个很大的、塑料做的减震板——当弹弹球撞在减震板上时，灯就会亮。

如果这种弹球机运转状态良好的话，弹弹球会在两个减震板之间撞过来撞过去，而且，每撞一下减震板，就会加一分。

在玩的过程中，有经验的人会晃一下弹球机。这样一来，弹弹球在减震板之间碰撞的时间就会更长一些。此时，你可能会听到有人大声喊：赢了。

附誓陈述的工作方式与玩弹球机一模一样。当你的提问触及敏感内容时，对方律师就会跳起来——就像弹弹球撞在减震板上一样。提供附誓陈述的证人也是这样。这时候，你要不失时机地晃一下弹弹机。沿着这一内容继续问下去。而且，要通过追问，穷尽这一话题。问的时候，要目不转睛地观察证人的反应。

不过，不要晃得太厉害。在你玩弹球机时，晃得太厉害会把机器弄“倒”。在制作附誓陈述过程中，如果晃得太厉害，证人会说他想上洗手间——即使十分钟前他刚去过一趟。千万别忘了，在回答某一提问以前是不能休息的——而且，证人回来后，你要能够继续刚才的话题才行。无论是马上就问还是在切断证人的退路之后再问，这样的内容才是你应该反复询问的话题。

防范措施与删繁就简

防范措施（Boxing）的方法很好学。这是一个对证人的话进行评判并封堵其退路的过程。这里的关键点在于：采取某种手段，以至于证人的证言不会随着时间推移而发生改变。——你听别人说过本案的事实吗？你阅读过其他相关资料吗？你怎么来印证你的判断呢？

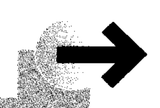
如果你没有对证人采取适当的防范措施，那么，在法庭上，证人可能会说出许多新的内容。如果你质问他为什么以前没有提到过这些内容，他可能会说：“对不起，不过你也没有问啊。”

删繁就简（Laundering）是一种为了便于法庭使用而对证人证言进行整理的活动。假设证人承认事实上他当时并没有看到案件事实的关键部分。此时，问题在于：与该项承认相关的信息还有很多，而且，你可能不愿意让法庭听到这些信息——这些信息散布在73页之多的附誓陈述的各个角落。

现在，假设在开庭审判时，证人作证说，他看见了整个事实过程。对此，你可以向法庭提出证人没有看见整个过程的证言对其进行弹劾。但是，根据《联邦证据规则》第106条的规定——“完整出示规则”（the rule of completeness）——对方当事人有权要求向法庭出示该附誓陈述的其他内容。

删繁就简的做法并没有改变上述证据规则，但是，它可以降低对方当事人使用附誓陈述其他部分的内容的机会。如果在提供附誓陈述的证人的一大堆话中，某句话对你方特别有利，那么，先别管它。15分钟或20分钟以后，你再来问他：“让我看一下，如果我没有记错的话，你刚才说……”然后，你可以重述一下你想删繁就简的那句证言。

就这样，你要像洗衣服一样把它洗好、叠好，并在第142页上单单把这句话写下



来——这将是你在法庭上使用的证据。而且，由于证人是在一大堆话中说出这句话的——就像与袜子和内衣搅在一起一样——你的这一做法，甚至会让对方当事人找不到证人究竟是在哪里第一次说出这句话的。

当然，如果那些袜子和内衣真的属于应当与你洗熨的衣物一并加以考虑的内容，你还是要向法庭出示这些内容。但是，至少，法官不会仅仅因为这些内容出现在同一页纸上而产生错误的联想。

终止附誓陈述活动

现在，是讨论以下内容的时候了：将附誓陈述交证人核对，补正错误并予以补充，以便让证言更完整——你需要修改你的回答么？你需要再增补什么内容么？为了帮助我们理解你在本案中的证言，你还有什么话要说么？

切记，要让证人大声回答。

当你宣布附誓陈述程序结束的时候，该程序就彻底结束了。这意味着，除非你有非常强有力的理由，对于该证人，你再也不能要求他作附誓陈述了。

因此，许多律师往往会这么说："噢，已经 4 点啦！我想我们就先到这里吧。"——他们希望法官会将这一行为理解为暂时中止该程序，而且，他们可以再想一想是否还有需要问的问题。

但是，当你确实准备结束时，一定不要采取临时中止的做法。你应该说："请记录下来：至此，该附誓陈述正式结束。"

记录你的第一印象

回到办公室以后，你要马上用袖珍录音机把你关于证人、对方律师以及他们的案件事实的判断录制下来。你甚至没有必要把这些录音整理成文字。你只需把录音带放在本案档案里就行啦。在开庭以前，再回过头来听一下你当时的第一印象，几乎与阅读证人的附誓陈述具有同等的重要价值。

第14章 好的证人

“因为没有好的证人，立法者制定了大量补救性规则。”安格斯说。

冈恩法官深思了一会儿，试图弄明白这句话是什么意思。“你的意思是……”他问。

“到处都是这样的规则。”安格斯说，“合同法、侵权法、财产法、商事社团法、刑法——在所有你能想到的法律领域中，存在着各式各样为弥补以下缺陷而设置的规则：某些主要事实因为缺少好的证人而难以证明。”

贝斯·戈尔德说：“如证据法中的证明责任、推定、司法认知规则。”

“以及，用于对付那些坏证人的规则。”安格斯说，“如弹劾与正誉（rehabilitation）规则。”

“你想说什么？”冈恩法官问。

“没有什么难懂的。”安格斯说，“今天下午，在写一份案情摘要的时候，我突然被以下发现惊呆了：我所从事的绝大多数法学研究工作——直接或间接——都与案件事实中的某些漏洞有关。”

“而且，如果必须在好的证人与为弥补漏洞而制定的完美规则之间做选择的话，”安格斯说，“我肯定会选前者。”

安格斯说得对。一个好的证人是个无价之宝。这就引出了以下这个核心问题：怎么才能成为一个好的证人呢？就此，我和许多出庭律师交谈过。以下是他们的回答。

好的证人是能够回答特定问题的证人。

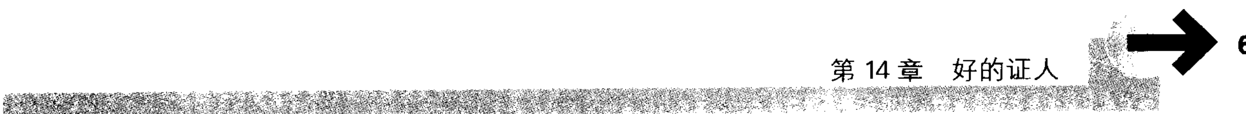
——威廉·潘尼尔，得克萨斯州休斯敦市

潘尼尔曾经办理过一起油井案。该案的关键证人是一位就油井套管存在问题作证的专家证人。（油井套管是指用以将石油导到地面上来的管道，其作用旨在防止油井四壁出现坍塌。）

潘尼尔对该证人进行了一遍又一遍的演练，直到该证人的专家资格已经得到了很好的证明、该证人的证言已经相当完善。在该证人出庭作证以前，所有的东西看上去都已经完美无缺。直接询问开始几分钟后，潘尼尔问这位专家证人，大学毕业以后他从事的是什么工作。

“我休息了两周。”证人回答说。从这时候开始，该专家证人的证言开始走下坡路了。他开始变得疯狂。对于提问，他拒绝给出直截了当的回答，并擅自加入了一些他认为幽默的内容。而且，他很快就开始纠正潘尼尔的提问方式了。“不对。关于这一问题，你应该这样问才对。”

他的证言让陪审团感到十分困惑，以至于他们开始左顾右盼而不是留心证人在说什么了。潘尼尔意识到，他必须尽快采取措施了。于是，他请求休庭。在法院大厅里，他提醒这位证人说：“听着，你正在毁掉这个案件。不要再说那些可笑的小笑话了。这么做不会



让你看上去更聪明。你只回答问题就行了。”

之后，一切顺利。

即使不知道怎么回答，好的证人也会坦然处之。

——史蒂夫·米勒，俄亥俄州克利夫兰市

米勒曾经代理过“美国最后一家摩托车制造商”——哈雷-戴维森摩托车厂。当时，他决定传唤哈雷-戴维森摩托车厂的法人代表出庭作证——该人每天开着他的哈雷摩托车，从威斯康星州的奥科诺莫沃克出发（Oconomowoc，Wisconsin），去密尔沃基城上班。由于该案是在克利夫兰市审理的，因此，一开始，米勒请证人先拼写一下“奥科诺莫沃克”这个地名。

他竟然拼不出来。

他竟然拼不出来他自己老家的地名。

米勒心里一沉。他确信他遇到了一位糟糕透顶的证人。但是，这位证人是如此生活化的一个人，他的微笑很快征服了陪审团，而且很好地控制了法庭的情况，并最终让陪审团喜欢上了他。

好的证人不会扮演辩护律师的角色、不会争论案情。

——杰拉尔德·梅瑟曼，俄亥俄州克利夫兰市

梅瑟曼认为，最大的问题在于，证人绝对相信自己说的没错，并努力去说服他人也相信他。这时候，他会过分扩大他的立场，给自己招惹麻烦。梅瑟曼是一名刑事辩护律师。他认为，在刑事案件中，几乎毫无例外，最糟糕的证人肯定是被告人。通常情况下，他们的父母也会表现得很糟糕，但并不必然如此。

梅瑟曼曾经代理过一个面临严重毒品犯罪指控的年轻人。在该案中，他决定传唤被告人的父亲——一个老派的乡村医生——出庭作证。这位父亲深受社区民众的敬爱，而且，一直致力于救助他人的工作。梅瑟曼希望陪审团能够看到，如果判被告人无罪的话，他将会与什么样的父亲生活在一起。

但是，这位大夫的证言十分有限，而且，根本没有涉及他儿子的性格特征——他只是提供了一些基本事实。他告诉陪审团他儿子的身高、体重。这些信息表明，他儿子并不符合控方证人关于贩卖毒品之人的描述，因此，这些信息当然具有相关性。

但是，律师传唤这位大夫出庭作证的真正目的在于，让陪审团知道被告人有一位什么样的父亲。

好的证人是那些愿意花时间做出庭准备的证人。

——大卫·沙佛，俄亥俄州克利夫兰市

有太多的公司经理，就他们的聪明程度而言，完全可以成为很优秀的证人，但是，他们根本不愿意花时间准备。为了占用他们一小时的时间，你或许不得不采取强硬手段才行。

然而，沙佛说，通常情况下，那些蓝领出身的原告人则愿意把整个周六都用在准备工作上。

这些准备工作将得到相应的回报。十分常见的情形是，当那些极其成功的人出庭作证时，他们觉得采取以下趾高气扬的方式就能把人唬住：“我原本就不应该来。就此向你们这些笨蛋作出解释完全是浪费我的时间。”

好的证人可以总揽全局。

——米里亚姆·卡斯，得克萨斯州休斯敦市

卡斯认为，理想的证人不仅能够体察并表述案件的细微之处，而且，在表述其观点时不会纠缠细节。

关于罪与非罪的本能反应，会促使证人一直说下去。他们希望多说一些内容。他们常常要解释自己的观点或证明自己是对的——这么做会让他们陷于非常不利的处境。

好的证人能够把他对你说的话原原本本地再说给陪审团听。

——马克·E·麦卡锡，俄亥俄州克利夫兰市

关键是可靠性。首先，一个好的证人应该能按时到庭。其次，他会把他对你说的话原原本本地再说给陪审团听——而不是说一些意料之外的内容。

有太多的“遮遮掩掩”证人（the“Oh，Oh”witness）。麦卡锡说，他们虽然宣誓说，他们会告诉你他们知道的一切。但是，根据从其他证人那里得到的信息，你才明白，他们并没有和盘托出所有的内容。于是，你还得给他打电话才行。

“哦，哦。”证人说，“我当时肯定是忘说了。现在，我想起来了。”于是，他会告诉你这些就是剩下的全部内容了，而你也以为他已经说出了全部实情，开始准备庭审了。

但是，在提供附誓陈述时，对方当事人会突然提出一份他自己签署的文件，质问他事实上对某件事根本就不了解情况。“哦，哦。”证人说，“我当时肯定是忘说了。现在，我想起来了。”

麦卡锡认为，这种“遮遮掩掩”的证人的问题在于，每次他总想向你提供尽可能少的信息。如果开庭审判的话，依靠这种证人会让你无比难堪。

好的证人必然是对方证人，而不好的证人肯定是你方证人。

——道格拉斯·D·卡恩，马里兰州巴尔的摩市

至少看上去是这样。卡恩说，一个貌似可能说出事实实情的证人，可能碰巧是在撒谎。他的证言不仅是夸大其词，而且充满了主观臆断。

好的证人举止端庄。

——南希·韦基亚雷利，俄亥俄州克利夫兰市联邦助理检察官

韦基亚雷利认为，控方的证人必须专业、直截了当、不遮遮掩掩，而且，对案件事实要非常熟悉。

问题在于，你根本无法预见他们在法庭上的表现会怎样，而且，庭前的准备工作也并不能避免他们给陪审团留下坏印象。但是，在控方证人可能犯的错误中，最糟糕的错误莫过于妄自猜测。

最重要的因素是证人的言行举止及其身体语言——这两件事是无法通过证人演练来改变的。

一个好的证人是可以信赖的证人。

——罗宾·韦弗，俄亥俄州克利夫兰市

好的证人与其教育背景、社会地位、衣着、职业无关。韦弗说，这完全取决于他们的性格特点。

最近，韦弗担任了律师惩戒委员会委员之职。如果不是采取传票方式的话，某位投诉人根本不愿意到场。她非常胖、衣衫褴褛，而且，只受过很差的教育。但是，她为人简单、说话开诚布公，因此，所有惩戒委员会的律师都认为，她说的话是真的。

好的证人是兢兢业业的。

——芭芭拉·卡锡尔，罗得岛州普罗维登斯市

各式各样的因素都会影响到证人的可信性。卡锡尔说，就专家证人而言，最重要的因



素之一是他们对待其工作的态度。仅仅具有专家资格是不够的。优秀的专家证人非常在乎他们的工作。他们一直在他们的研究领域里兢兢业业地工作着。

好的证人是真诚的。

——西里尔·麦克艾尔哈基亚，伊利诺伊州芝加哥市

麦克艾尔哈基亚认为，明白什么是真诚（sincere）的最好办法是追根溯源——“抹去外面的封蜡”。当希腊陶器输入罗马时，一些不择手段的商贩会用蜡将陶器的瑕疵或裂缝掩盖起来。但是，诚实的商人不会这么做。因此，他们是真诚的。

这也是最好的证人应该做的——不要想尽办法把他们包装得完美无缺或更加漂亮。有缺点、皱纹、肉赘，才成其为人。（顺便说一下，如果你的字典就“真诚（sincere）”一词的词源给出了不同的解释，不要管它。“抹去外面的封蜡”的解释可以让故事显得更有意义。）

麦克艾尔哈基亚曾经为一位因医疗过失受到指控的大夫进行辩护。被告人长得很不起眼。从 20 世纪 50 年代以来，他一直保持着留平头的习惯。而且，他那张脸也很难讨妈妈辈的人的欢心。

在法庭审理过程中，对方律师在交叉询问的时候对他进行了穷追猛打，并暗示说，他毫不在乎该事件给原告人造成了多么大的痛苦。

对方的律师希望所有人都能看到这一点。于是，他问这位大夫：“原告人的遭遇对你有什么影响吗?”

这位大夫回答说：“他是我的病人，我也很揪心啊。”

这句回答帮助他赢得了这个案件。

第 15 章　证人演练

> 就是在（纽约州怀特普莱恩斯市）这家老法院的这间房子里，威廉·J·法伦（William J. Fallon）作为亨特、法伦与史密斯联合律师事务所（the firm of Hunt, Fallon & Smith）的一员开始了他的律师生涯。而且，也就是在这家法院，詹姆斯·费尼莫尔·库珀（James Fenimore Cooper）开始采用以下表达："在马车车厢里对证人进行演练（horse-shedding the witness）。"在库珀那个时代，法院附近有一些带车厢的四轮马车，律师们经常在那里面对证人进行演练。亨特先生肯定还清楚地记得这些马车车厢，而且，如果他愿意的话，他会告诉你他自己从来不会"在马车车厢里对证人进行演练"。
>
> ——吉恩·福勒：《伟大的演讲家：威廉·J·法伦的人生故事》，93 页（1931）

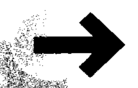
这就是"在马车车厢里对证人进行演练（horse-shedding the witness）"这一表达方式的起源。尽管绝大多数出庭律师对此会觉得有点尴尬，但是，他们都非常熟悉这种做法。但是，对于那些从未听说过这种事情的人而言，这种表达方式却有点令人费解。正规的场合需要非常准确地使用这一表达。因此，在使用这一术语时，人们往往会伴以简短的解释，以确保对方不会产生误解。而且，也正是基于同样的原因，有些州则会将其称为"在木屋里对证人进行演练（woodshedding）"，或者"对证人进行抛光打磨（sandpapering the witness）"。

既然"在马车车厢里对证人进行演练"已经是一个不易理解的过时表达，那为什么还要用它呢？因为这种表达方式比"对证人进行抛光打磨"具有更强的表达能力。"证人作证前的准备工作（witness preparation）"听上去像是在完成一件枯燥的常规任务，而"在马车车厢里对证人进行演练"则带有一种令人兴奋的、密谋什么事情的味道——这种表达方式所描述的行为，往往已经触及了律师职业道德的行为底线。

无论采取什么样的术语——"证人作证前的准备工作"也好，"在马车车厢里对证人进行演练"也好——其行为实质明显有别于事实调查活动。此行为不是为了收集证据信息，而是为了教证人怎么才能做好出庭作证前的准备。当案件到了需要"在马车车厢里对证人进行演练"的时候，律师应当比任何证人都更了解案情了。

证人作证前的准备工作始于案件的早期。事实上，证人作证前最重要的准备工作之一应该是提供附誓陈述前的准备工作。在许多案件里，提供附誓陈述就相当于一次审判活动。仅仅因为法官不参与提供附誓陈述的活动并不意味着该活动就不具有审判意义——此时，提供附誓陈述的证人将接受最重要的事实认定者——对方律师——的评判。

因此，在提供附誓陈述前没有对证人进行演练，是一种真正意义上的职业不作为。当然，附誓陈述程序与法庭审判截然不同。不过，有关证人出庭作证前的准备工作的绝大多



数技巧，稍作调整就可以用于提供附誓陈述前的准备活动。

认真对待证人作证前的准备活动需要投入大量的时间。因此，一些出庭律师会将这一工作委派给自己办公室里的准法律人士或资历浅一些的律师。一些独立执业的律师则会通过传单的方式，向证人解释一些最基本的注意事项。

在某种程度上，这些便捷的方式可能会对证人产生一定的效果。然而，绝大多数优秀的出庭律师事实上会亲自与证人一起把要作证的内容过一遍。

一种行之有效的做法是，用录音机或录像机把你对证人的基本指导记录下来，然后，让证人在你的办公室里听或看这些视听资料。这种方式的好处在于，证人不会轻易忘掉所作的指导。此外，这种方式也不像宣传册那样冰冷、拒人千里之外。如果你采取这种方法的话，在证人看过这些视听资料以后，最好再面对面地解答一下证人提出的疑问。

在证人作证前的准备活动中，需要做的第一件工作恰恰是视听资料无法取代的——和证人一起到现场看一看（通常情况下，一起案件至少有一个现场，即使在商事案件中，依然如此）。亲临现场可以让证人回忆起他原本已经淡忘的许多细节。即使你已经了解了所有的细节，亲临现场依然是值得的。因为这么做可以激活证人的语言，让原本处于休眠状态的语言最终变得生动活泼起来。

穿什么衣服

关于衣着的最基本规则是：证人的衣着应当干净、整洁。但是，一定要注意，如果证人的衣着打扮超出了其自身的能力，就错了。尽管深颜色的西装、配上领带和白色或浅绿色的衬衣可以给人留下不错的印象，但是，有些人这么穿却会感到浑身不舒服。穿时髦的服装——无论是什么样式——是不明智的。你应该与每一个证人都谈一下穿衣服的问题。而且，在谈论穿什么时，一定要记着提醒你的证人，除了手表、（对于已婚人士）婚戒外，不要戴任何珠宝首饰。

为什么要这么小心谨慎？如果你忘了告诉为你方作证的警察一定要穿制服，那么，当你看见他穿着蓝色牛仔裤和夏威夷式的衬衫出现在法庭上时，你肯定会吓一跳的。如果你愿意的话，可以想象一下当你遇到以下情形时会有多么困窘：得克萨斯州某位刚从业不久的联邦助理检察官，看见他的主要证人（该证人是某联邦机构的秘书）打扮得像米老鼠一样——红色的短裙、长长的黑尾巴，还配着两只老鼠耳朵——出现在联邦法院的法庭上。那天刚好是万圣节的头一天，她的老板要求办公室里的所有人都要穿着万圣节的服饰来上班。因为律师没有告诉她着装问题，她那天上班的时候甚至连替换的衣服都没有带。

如果证人是你方当事人的话，就更要倍加小心谨慎了。在适宜的条件下，你应该帮助你的当事人选择穿什么衣服，而且，在开庭以前，一定要先看一眼衣服穿在身上的效果。

言行举止

基本要求是：行为举止要自然。应当告诉证人（尤其是你的当事人），在法庭里或者在法庭附近不要抽烟、不要嚼口香糖、法官进来或出去的时候都要站起来。告诉他们，不要与律师或其他证人进行交谈，以免让人觉得他们在串通证言——陪审员都非常多疑。需要遵守的规则之一是，在庭审过程中切忌与你方当事人、专家证人、助手交头接耳。告诉他们，如果需要与你交流的话，要写成纸条递给你。为此，需要准备一些便笺和铅笔。如果在法庭上他们真的给你写纸条的话，一定不要迅速作出回应。如果必须回复，也要稍等

一会儿再说。

对于某些证人，要告诉他们，不要给任何人坏脸色。在刑事案件中，尤其要提醒被告人注意这一点。此外，还需要提醒被告人（和某些证人），在适宜的时候——尤其是站在证人席上时——要看着陪审团，但不要在整个审判过程中都盯着他们。如果你的当事人是一个情绪化的年轻人，长着两道浓黑的眉毛且目光犀利，而且被指控的罪行是先后三次用斧头杀人，那么，在庭审过程中，目不转睛地盯着陪审团将会是一种非常危险的举动。

语音语调

只有少数证人的嗓门会显得太吵，相反，大多数证人说话的声音往往不是很大。告诉他们大声一点，即使不是对每个证人都有效，但依然会有所帮助，因此，要告诉每一个证人，说话要大声一点。而且，还需要告诉他们说话一定要清楚，在回答问题时，一定要看着陪审团。

一些法庭的扩音设备很好，一些法庭则会为证人准备话筒。但是，依然有许多法庭，证人作证时很难让陪审团听到，而且，提醒证人说话大声一点的忠告似乎也难以奏效。此时，如果你所在的法庭并没有规定，必须坐在辩护人席位上或发言席后提问这一意义不大的规则，那么，你就可以通过站在距离证人最远的陪审席附近进行直接询问的方式，来克服上述困境。这么一来，为了让你听得见，证人出于本能会提高他说话的声音，而你也可以知道，证人的声音是否足以让陪审团听清楚他在说什么。

习惯性语言

在出庭作证时，一些习惯性语言会产生很不好的效果。“我老实告诉你”、“老实说”之类的表达，会让人觉得其他证言可能并非肺腑之言，或者，说实话仅仅是证人随意作出的选择。

在回答问题前，证人随口说“是的”的习惯会造成很严重的潜在影响。这么说，很显然传达了以下信息：“很好，我理解你要问什么。”其危险在于，一些陪审员会将这理解为，证人的意思是他明白对方在问什么，而且，他已经在思考怎么回答，并知道答案是什么。

一些人的以下习惯性语言虽然不会影响到其可信性，却会妨碍他们成为有影响力的证人：

“你知道我的意思吧？”

你必须小心翼翼地处理此类习惯性语言。如果某些习惯性语言并不是很极端，最好不要提醒对方，否则将会让证人明确意识到这一习惯。另外，如果某些习惯性语言会产生不良影响，那么，处理时，要采取某种和缓且体谅的方式：

约翰，你知道吗？你和我过去很像。你习惯说“我的意思是(I mean)”。在某法院报告人给我指出来以前，我也没有意识到这一点。我想，可能是因为她讨厌翻来覆去写“我的意思是”这一字眼。无论如何，我把“我的意思是”这几个字写在一张小卡片上，然后在上面打了个叉，并通过这种方式提醒自己慢慢改掉这一说话习惯。当时，我把这张卡片放在我的镜子里。每天打开镜子就会看到它。不到一周的时间，我就不再说“我的意思是”这一口头禅了。我甚至不会再去想它。你看，那张小卡片唤起了我的潜意识，很快就克服了“我的意思是”这一说话习惯。

肢体方面的习惯

你还需要留心证人的行为举止，并采取适宜的方式帮助他纠正过来。一些证人习惯咬手指甲、低着头看自己的脚尖、扯他们的衣服、转他们手上的戒指，或者摆弄他们的眼镜。当你注意到这些行为时，你必须想一想是否可以采取某种措施帮助他们纠正这些习惯，以提高其证言的影响。

偶尔，你会遇上肢体残缺的证人——这种残疾可能是临时的，也可能是永久性的。人们——包括法官和陪审员在内——都不希望他人的外观给自己带来不舒服的感觉。除非这种残缺是人身伤害赔偿的对象，否则，不要轻易冒以下风险：陪审员可能会以视而不见的方式，避免证人的身体残疾给自己带来不舒服的感觉。

问题在于，怎么应对这种情况呢？

答案是，让有身体残疾的人把这种情况公开说出来。但是，以什么方式说出来呢？当然不能采取抱怨的方式。

某位年轻律师使用的方法或许是一种最好的解决办法——在开庭审判的前几周，这位律师发生了一起严重的交通事故。尽管她的下颌采取了固定疗法，但是，法庭并没有批准其延期审理的申请。她依然可以说话，但听起来像是在咬牙切齿。她所采取的应对方法非常经典：

在开始以前，女士们、先生们，我想告诉大家，几周以前，我发生了一起交通事故，大夫将我的下颌固定了起来。我想，他们之所以这么做是因为他们发现我是一名律师，但是，他们却声称，这是因为我的下颌撞坏了。

受此影响，我说话的方式有点可笑。无论如何，我希望你们明白，我并不感到疼，而且，也没有丝毫不舒适的感觉。如果不会给你们带来不快的话，我就不会受此困扰啦。

不偏不倚

几乎再没有什么事情比证人努力为你提供过多帮助更有害了。应当告诉每一位证人，他们不应当夸大其词或夸夸其谈。与试图表现自己的证人相比，小心谨慎的证人会给人留下更深刻的印象。

证人支持这一方或那一方，是很自然的现象。同样可以理解的是，作证后，证人或许希望继续留在法庭上，以便观看之后的法庭审理活动。但是，千万别让他们这么做。

告诉所有证人——除了法庭聘请的专家证人、你方当事人及其代理人——当法院允许其退庭时，一定要离开法院（而不仅仅是法庭），以免让陪审团觉得，他们在关心着本案的判决结果。

直接询问的准备活动

首先，与证人一道温习一下先前的证言和附誓陈述。要慎重选择温习的内容。根据《联邦证据规则》第 612 条规定，在出庭作证前，如果打算使用某项书面材料唤醒证人的记忆，那么，法庭有权要求该方向法庭预先提交该项书面材料，以便对方当事人可以对其进行查阅、据此对该证人进行交叉询问，或将其作为证据在法庭上出示。由此引发的棘手问题——即，为唤起证人记忆而在庭前准备活动中使用某项文字材料，将在何种程度上对

传统的工作成果特权产生消极影响？——请参见《温斯坦论证据》一书的相关论述。(J. Weinstein and M. Berger, 3 *Weinstein's Evidence* 612 [04].)

对于考虑周全的律师而言，以上效果是显而易见的。即，如果对方律师持有的附誓陈述或其他文字材料足以唤起证人的记忆，那么，就不要乱用你自己的私人辩护策略。

基于谨慎的考虑，还要让证人再读一遍对方当事人可以看到的附誓陈述及其提供的其他证言。此时，你应该对这些证据中模棱两可、前后不一的地方已经了如指掌，而且，你应该提请证人注意这些内容，并向他解释，根据这些先前不一致的陈述，对方律师会对其提出什么样的弹劾。要帮助证人意识到，如果其证言确实存在错误或者先前陈述有不正确的地方，坦率地承认错误，会比否认自己说过这些话或编造一个不合理的解释效果更好。

利用这一活动，还可以与证人讨论一下其他证人可能说些什么。现在是解决证言中的问题与冲突的良机——一定不要等到法庭审理时再去处理。

在温习基本事实并解决各种问题之后，就要对作证活动进行演练并决定采取何种形式进行询问了。至此，你已经经历了不同场景下的证人作证活动。在作简短的自我介绍时或面对需要大段叙述的提问时，他是否会变得漫无目的？或者，你是否需要借助传统的一问一答方式帮助他展开他的证言？此时，可以尝试一下各种询问方法。如果证人容易紧张或者缺乏经验，可以找一个法庭对其进行演练，以帮助他适应法庭的环境。

你或许打算将某些强有力的证据信息放在证人作证快结束时再提出来。那么，你需要事先给证人说清楚，以免他一上来就把高潮部分的内容说出来。

要能够抵制以下心理诱惑：告诉证人你的具体问题及其提问顺序。（专家证人是其例外情形，他们应该帮助你设计某些问题的具体措辞。这么做是为了避免出现以下情形：针对你的提问，专家证人突然发现，他根本无法回答在原告方所说的情形下发生医疗事故的合理概率究竟是多少。）在法庭上，与其给人留下彩排过的印象，反而不如出现一些尴尬的即席表演效果。

有时候，在演练过程中，证人可能会给出一些极其精彩的回答，而你却不知道怎么做才能确保证人在法庭上也给出一模一样的回答。让证人牢牢记住这一回答的方法之一是，请求他帮助你记住这句话。

问：刚才，你是怎么形容布伦德的胳膊的？——他的胳膊看上去像什么？

答：它看上去像是被一个巨型打蛋器打过一样。大片大片肉从他胳膊上切下来，但还吊在胳膊上。

问：就是这句话。帮我个忙，请帮我记住这句话。（你根本不可能忘记证人刚才的描述。你之所以这么说，只是为了确保证人也会在脑海里牢牢记下来。）

在你完成所有这些工作以后，你面临的主要问题是：怎么才能让证人在庭审时依然栩栩如生地记得这些事情？毫无疑问，自詹姆斯·费尼莫尔·库珀在怀特普莱恩斯看见那些马车车厢时起，很多事情已经发生了变化，其中变化之一是，从起诉到真正开庭审判之间的时间越来越长。

因此，要与证人保持联系。证人会搬家、换电话号、去度假、找到一份新的工作，或者就是找不着了。在等待开庭审判期间，律师必须肩负起与证人联系的责任。即使你曾经告诉过证人，如果他们搬家的话，要及时通知你，但是，与你保持联系并非证人最关心的事情。但是，如果你定期给他们打个电话或写封信，则会让他们对此记忆犹新。

让你的庭前准备活动大打折扣的原因之一是，时隔 20 个月后才给证人打电话并对他说："我需要你在星期一上诉出庭作证。"但是，如果你提前三四个月通知证人的话，证人将会更容易地安排好他的工作。而且，提前安排也可以让你在证人即将出庭作证以前再进



行一次简短的演练活动。

千万不要忘记告诉证人诸如日期、时间、地点等必要事项。而且，一定要告诉证人哪里可以停车，或者，乘坐哪路公共汽车或地铁可以到开庭的法院。告诉证人主审法官的名字以及法庭的编号。这是因为，如果后来庭审的地点发生了变化，那么，即使一些法庭职员不认识律师，他们也知道该案的主审法官在哪儿。如果你真的非常重视这些细节，那么，你会在电话通知证人以后，再通过邮件告诉他。

交叉询问前的准备活动

在证人接受交叉询问以前，告诉证人以下规则是绝对必要的：

1. **在回答每一个问题以前，要稍微停顿一下。**这么做，至少有三点好处。首先，这么做有助于证人谨慎作答。其次，在有必要提出异议的时候，这么做可以让你来得及提出反对。再次，这么做可以让证人转过头看一眼陪审团。通常，交叉询问人会站在证人如果看着他的话就能看见陪审团的位置。稍微停顿一两秒钟，可以让证人看一眼陪审团的反应。

2. **正面回答对方提出的问题。**回避问题或装腔作势地回答都是错误的做法。证人应当将问题留给律师，让他在辩论阶段作出解答。

3. **不要提及问题以外的内容。**主动提供某些证据信息或者就明显有缺陷的材料主动作出解释，是证人偏向某一方面的明确信号，而这么做将削弱证人的可信性。

4. **不要与交叉询问人争吵。换句话说，不要让他不高兴。**俄亥俄州克利夫兰市的格拉德·查特曼曾经对证人说，要避免两种常见的圈套。第一个陷阱是发怒。某些律师会尽力引诱你发脾气。如果证人遇到了这样的律师，要保持礼貌，那么，受到伤害的将是律师，而不是证人自己。第二个陷阱是“好人”圈套。要让证人明白，对方的律师的目的是打赢官司，因此，他们应当坚持他们自己的证言，而不是为了取悦友善的对方律师而加以改变。

5. **当你不知道答案时，不要不好意思承认。**如果你确实不知道答案，承认也无妨。

6. **不要妄加猜测。**提供意见证据并非普通证人的职责。

7. **回答不要留有余地，当交叉询问人问“是否可能”时，尤其如此。**任何事情都有可能，但是，这并不能改变过去发生的事实。

8. **小心以下问题：“你和其他人讨论过你的证言么?”**审前与他人讨论本案案情并没有什么不对的地方。否则，你怎么做适当的准备呢?同样，专家证人应当小心以下问题：“对方为了请你出庭作证花了多少钱?”

交代完以上要点以后，就可以对证人进行交叉询问了——不是由对方律师进行询问，而是由你进行询问。如果你认为交叉询问可能会伤害你与证人之间的感情而不愿意对其交叉询问的话，那么，就请朋友或由你的助手在你在场的情况下，对其进行询问。

暗　号

一些证人一定想知道你会使用什么样的暗号。因此，要告诉所有的证人，你根本不会给他们任何暗示。令人吃惊的是，有太多的陪审员会研究律师与其当事人之间的行为——尤其在刑事案件里——看是否能够“破解他们之间的密码”。

更重要的是，要让证人明白：他不应该指望律师来帮助他回答某一个问题，或者，帮

助他摆脱尴尬的处境。要让证人知道，这么做会让陪审团觉得你与他之间存在着某种暗号，即使根本不存在这样的暗语系统。应当让证人明白，不要担心他们自己的表现如何，以及如果遇到了什么问题的话，你会通过提出异议的方式加以解决。

告诉证人，如果你提出异议的话，他们应当立即停止回答问题。在你提出异议的时候，证人应当脑子转得快一点，但嘴巴要慢下来。

异议被驳回的话，证人此时可能已经不记得最初的问题是什么啦。因此，通常情况下，证人最好让对方律师再重复一遍刚才的问题。

证人不用担心对方的发问方式是否适当。除了证人亲身感知的事实，提出异议是律师而非证人的责任。

演练证人

本文将最有趣的问题留到了现在。迄今为止，我们所讨论的内容都属于证人作证前的准备活动。那么，在马车车厢里，律师所从事的真正工作是什么呢？帮助证人展开其证人证言以便使其具有更强的感染力，与教证人说什么的教唆伪证之间的界限在哪里呢？

英国的大律师会觉得这个问题很好回答。对他们来说，在绝大多数情形下，直接与委托人或证人进行交谈，都是不适当的。（See Sir William Boulton, C. B. E. , *A Guide to Conduct and Etiquette at the Bar of England and Wales* 8, 14—15 (Butterworths, 6th ed. 1975).）当然，这方面的规则仅仅是将这一问题从大律师那里转移到了事务律师身上。

在我国，由于律师兼具大律师与事务律师的职责，出现上述问题就在所难免了。詹姆斯·W·琼斯认为，对当事人所负有的职责以及避免参与法庭欺诈行为的职业责任（our ethical obligation to avoid participation in a fraud on the court），将会帮助律师找到一个平衡点。

良好的职业道德是什么呢？以下两个律师，谁会被剥夺律师资格呢？——一个律师建议受到刑事指控的当事人“只管告诉警察你知道的一切”；另一个律师对当事人说：“如果你想活着出去的话，就照我说的去做，就说你开枪是为了正当防卫。”在上述两种情形下，律师的角色都被庸俗化了，而且，由于他们各自犯下的错误，他们都会被逐出律师的队伍。真正的辩护人会寻找一条中庸之道。他既不会在义愤填膺时袖手旁观，也不会为可怜的委托人出谋划策。他必须让他的委托人了解本案涉及的法律规则，告诉委托人其证言的法律意义，然后，让法庭去查明本案的事实真相。（J. Jeans, *Trial Advocacy* 18 (West Pub. Co. , 1975)）

有时候，或许很难找到一条中庸之道。在你试图“让你的委托人了解本案涉及的法律规则，告诉他其证言的法律意义”时，尤其如此。试考虑以下问题——设计这些问题的目的，是要弄清楚委托人就其车速会作出什么样的回答。

你当时的车速有多快呢？

你觉得你当时的车速有 30 英里或 35 英里么？

有证人说你的车速在 45 英里到 50 英里之间。你确定当时的车速只有 35 英里么？

有证人说你的车速在 45 英里到 50 英里之间。你觉得呢？

海滨高速路的限速是时速 35 英里。如果其他车也超速了，这对于我们的案件会有很大的帮助。那么，你觉得他那辆车的车速是多少呢？

或许，寻找中庸之道的最稳妥办法在于：明白你对于当事人的责任与你的职业责任之间存在着冲突。如果我们同时留意这两种职责的话，我们将更有可能妥善地胜任我们的工作。

在某种程度上，演练证人的行为存在着自身的限制。如果你教唆证人怎么说的话，当他在交叉询问过程中受到质疑时，他可能会脱口而出“这是律师让我这么说的”。

此外，证人自己的证言可能会成为弹劾他的手段。哈里斯案（*People v. Harris and Blanck*）——纽约州著名的“三角女衬衫工厂大火案”中，控方污点证人凯特·奥尔特曼的证言或许是最好的例证之一。

1911 年 3 月 25 日，这场骇人听闻的大火摧毁了格林威治村的一座十层楼，烧死了几百名移民过来的青年缝纫女工。凯特·奥尔特曼就这场大火出庭作证。马克思·斯图尔——他代理的是该案刑事部分的被告——对凯特进行了交叉询问。

斯图尔觉得，凯特在直接询问中的证言听上去令人生疑。她的措辞、证言的戏剧化效果以及叙述事实的先后顺序，与她的语法水平、发音方式——她是一名只具有读写能力的年轻移民——显得很不协调。

通过请凯特一遍又一遍地重述她的证言，斯图尔率先注意到的上述问题昭然若揭。她每次叙述案情时，听上去就像播放录音一样，而且，她自始至终坚持说，她没有与其他人讨论过她的证言。有一次，当她遗漏了某一片段时，斯图尔提醒她漏了某些内容，于是，她从漏讲的地方重新开始，又讲了一遍。

在《马克思·D·斯图尔：出庭律师》一书中（Max D. Steuer, *Trial Lawyer* 108—9 (1950)），马克思·D·斯图尔的儿子阿伦就该交叉询问的效果描述如下：

> 证人关于案情的叙述并没有自相矛盾，证人的品格也毫无可疑之处。但是，其证言的价值却被彻底摧毁了。该案件的结局没有出现戏剧性变化，相反，其结论显得有点荒诞可笑。这些叙述究竟是对方律师教的，还是这位女孩自己编出来的，已经变得无关紧要。丰富的想象与简单的语法结合在一起，理所当然会让人意识到，这些描述并非源自对过去的回忆，而是——往好处说——关于记忆的润色处理。

事实就是这样。如果在马车车厢里待的时间过长，证人的证言闻起来肯定会有点马的味道。

第 16 章 演练证人带来的麻烦

美国联邦地区法院书记官用一个普普通通的信封寄来了公诉书。那位年轻律师心里想，至少他们没有派警察逮捕我，而且，也没有通知任何一家电视台对此进行报道。

没有公开报道，并没有给这位年轻律师带来宽慰。这是一份正式的公诉书，他真的有麻烦了——所有这一切都是他演练证人的方式惹的祸。

他早知道要大难临头。他已经与联邦检察官交谈过，到大陪审团那里就自己的行为作过证。但是，他并没有就此咨询过其他律所律师的意见，也没有委托其他律师与联邦检察官办公室进行过协商。他曾经希望，当大家知道他有多么坦诚、多么正派以后，这件事情或许也就不会有人再提了。

但是，事实并非如此。

这件事肇因于帝王塑料制品公司因涉嫌违反反托拉斯法而接受调查一案——在该案中，这位年轻律师是该公司的代理人。帝王塑料制品公司与其他两家公司生产的塑料日用品与厨房用具畅销美国各地。在该案中，大陪审团试图调查，为了维持产品的价位，帝王塑料制品公司与其他两家公司是否非法达成了价格联盟。

大陪审团传唤帝王公司的销售经理罗杰·比克斯比出庭作证。这位年轻律师指导罗杰就出庭作证进行了准备。

最初，比克斯比的证言看上去还不错。他否定存在任何形式的价格联盟，甚至否认与其他两家日用品制造商的销售经理有过任何不适当的沟通。

但是，后来，其他两家公司的销售经理承认，他们曾经与罗杰·比克斯比就产品价格不得低于某一水平签订过协议。

由此，整个情势急转直下：

- 联邦检察官告诉比克斯比，基于他在大陪审团面前的证言，可能会对他提起伪证罪指控。
- 比克斯比为自己聘请了律师。
- 比克斯比的律师基于反对自我归罪特权为其争取到了豁免权（immunity from self-incrimination）。
- 比克斯比作证说，代理帝王公司的那位年轻律师“错误表述了当时的情形”，并促使他“编造证言”，以掩饰违反托拉斯法的行为。
- 这位年轻律师被提起公诉。

这起案件听起来是否有点离奇呢？不幸的是，事实并非如此。该案的基本事实源自得克萨斯州达拉斯市的巴里·麦克尼尔为 1988 年秋季美国律协诉讼分部在华盛顿特区举办的一次培训编写的案例场景。但是，不要因此而感到欣慰。参与麦克尼尔项目的几百名律师均认为，该案的事实情节太逼真了。

让我们来看一下这位年轻律师的问题在多大程度上反映了美国诉讼活动的真实情况吧！

基于各式各样的原因，律师受到指责的现象越来越普遍。这些指责通常是基于以下原因：挑拨案件双方当事人之间的关系；敦促一方律师放弃某项正当主张或辩解；甚至迫使某位律师彻底退出某一案件。

多年以来，律师是一个受人敬重的职业，因此，只有在极其明显的案件中，人们才会对律师提出指责。就像第一次世界大战中拉法耶飞行编队的驾驶员会向他们勇敢的对手致敬一样，律师之间的争斗一直是一种文明战争。

但是，就像第二次世界大战中的闪电战术破坏了空战的骑士风范一样，现代诉讼的大爆炸已经让诸多职业礼仪变得荡然无存。就像对人类文明目标展开的狂轰滥炸一样，通过残酷的询问或无休止的附誓陈述申请，一方律师会故意给对方律师施加痛苦——这是爆发全面战争的信号之一。

律师之所以会受到越来越多地指责，其原因在于，他们是诉讼活动中行之有效的施压点（useful pressure points）。律师与委托人之间趋于爆发全面战争的例证之一是，越来越的律师被传唤到大陪审团面前就其代理活动接受调查——这一现象给律师与委托人之间的关系施加了巨大的压力。例证之二是，检察官因律师演练证人的方法不当对律师提起指控的可能性越来越大，而不再考虑提起指控对于其他案件的处理是否具有战略意义。

相关法律规定

让我们再回过头来看一看代理帝王公司的那位年轻律师吧。在展开进一步讨论之前，你或许希望知道据以对其提起指控的法律规定是什么。

与此相关的法律是《1982 年被害人与证人保护法》（*The Victim and Witness Protection Act* of 1982）。该法有一些规定非常引人注目：

第一，除了更常见的威胁、干扰证人作证外，该法还将以下行为规定为重罪：在正式的诉讼程序中，基于影响、拖延或防止证人作证的目的（with the intent to influence, delay, or prevent the testimony of a person in an official proceeding），故意实施“误导行为”（18 U. S. C. § 1512 (b)）。

那么，什么是“误导行为”（misleading conduct）呢？

根据《美国联邦法典》第 18 编第 1512 条 a 项第 3 款规定（18 U. S. C. § 1512 (a) (3)），此类行为包括：故意作虚假陈述；“故意遗漏某项陈述中的特定信息，以期他人对该陈述的内容产生误解，以及，故意隐瞒某一事实，以期上述陈述给人留下错误的印象”。

第二，该法将以下行为规定为轻罪：在正式的诉讼程序中，故意对他人实施骚扰行为，并以此阻止、迟延、防止或劝阻某人到庭或当庭作证。（18 U. S. C. § 1512 (c) .）

第三，上述行为发生时，正式的诉讼程序究竟是正在进行还是即将提起，不影响其构成犯罪。此外，相关的证言、记录、文书或其他物品，不要求必须是具有可采性的证据或不受特权保护的物品（18 U. S. C. § 1512 (e)）。换句话说，如果你销毁受特权保护的资料，也可以以妨碍司法为由判你有罪。

第四，该法并不要求对某人证言施加影响的企图达到了预期效果。试图这么做就足够了。不要求你真的达到了预期目的。（See *United States v. Capo*, F. 2d 1054 (2d Cir. 1986) .）

第五，该法调整的行为包括强制、威胁、虚假陈述或误导行为。传统意义上的教唆伪证——证人提供虚假证言并非基于他人的误导而是出于自愿——绝对是违法的，但是，此

类行为受其他规则调整。

其实，此类规定还有很多。我这里提到的只是该项法律规定的一小部分内容——根据我特意挑出来这些规定，即使律师将自己的行为限定在传统行为界限之内，依然可能给自己带来麻烦。当然，你应该通读该法令的所有条文。如果你嫌它的内容太多，你至少应该了解一下某一行为究竟是重罪还是轻罪，以及，如果律师认为自己的行为是合法的，自己的唯一目的是鼓励证人如实作证，那么，应当由其承担相应的证明责任（18 U.S.C. § 1512（d））。而且，在克莱蒙斯案（*United States v. Clemons*，658 F. Supp. 1116（W. D. Pa. 1987））中，联邦最高法院承认了这一规定的合宪性。

这些规定意味着，在证人准备活动中，你要对自己的一言一行格外小心才行——你这么想，就对了。

既然已经了解了相关的法律规定，那么，你或许想知道那位年轻律师的什么行为违反了《被害人与证人保护法》的规定。

在比克斯比出庭作证的准备活动中，那位年轻律师的做法与其指导当事人进行出庭准备的通常方式并没有什么不同。他先给对方"上了一课"（the lecture）。——对此，在其非常畅销的著作《谋杀案详解》（*Anatomy of a Murder* 35（St. Martin's Press，1958））一书中，罗伯特·特拉弗（这是约翰·D·沃尔克德的笔名。在写这本书时，他还是密歇根州最高法院的大法官之一）解释如下：

上一课是律师借以向当事人提供指导的传统手段。借此，一方面，当事人不会明确意识到律师对自己进行了指导，另一方面，律师也可以维持没有给当事人提供任何指导的颜面。为当事人提供指导，就像对其实施打劫行为一样，不仅令人不齿，而且，根本就是一种不道德的、坏而且是非常坏的做法。但是，上一课是一种像法律一样古老的艺术手段，因此，在美国，即使一些非常优秀、非常遵守执业操守的律师，也会经常使用这一手段。"我怎么啦？我没有教他怎么说呀？"事后，律师总是会这么安慰自己。"你看，我只不过是给他解释了一下相关法律罢了。"此时，最好耸耸肩装出一副无可奈何的样子，并无辜地加上一句"这是我的职责所在，难道不是吗"。

同样，这位年轻律师给证人解释了一下托拉斯法的一些基本内容。他说，如果比克斯比代表帝王公司与其他公司签署了价格联盟协议，那么，比克斯比与帝王公司就构成了犯罪。他还告诉比克斯比，如果他曾经参与价格联盟活动的话，他有可能会被判刑入狱。

之后，这位年轻律师还对比克斯比说，在他向大陪审团作证时，他必须如实作证；不过，就可能自证其罪的内容，他可以拒绝作证。

在讲完反对自证其罪特权以后，他问比克斯比，他与其他两家塑料制品公司的销售经理会谈时都谈了什么事情。

假设这位年轻律师就此止步，那么，他有做得不对的地方么？首先，让我们再来看看相关的制定法。"误导行为"包括"故意遗漏某项陈述中的特定信息，以期他人对该陈述的内容产生误解，以及，故意隐瞒某一事实，以期上述陈述给人留下错误的印象"。

这位年轻律师代理的是帝王塑料制品公司。他没有告诉比克斯比享有自行聘请律师的权利。这是否属于故意遗漏某项陈述的特定信息以期给人造成错误印象的行为呢？如果你觉得对此存有疑问的话，该律师没有告诉比克斯比以下权利又是否构成犯罪呢？——即，有时候，控方为换取证人的证言会赋予其豁免权。那么，遗漏这一信息是否构成"误导行为"呢？

或许你会说，稍等一下。即使遗漏上述信息的行为依法应当受到制裁，你觉得检察官可能不会就此提起公诉。确实如此，让我们继续看这位律师的证人准备活动吧。

在知道其享有沉默权后，比克斯比说，他想知道其他两位销售经理会向大陪审团说些什么。对此，这位年轻律师说，他曾经和那两家公司的律师交谈过，他们说，那两个销售经理都坚持说，在会谈中他们并没有从事不适当的活动。

但是，事实并非真的如此。相反，那两家公司的律师都说，他们也很担心这两家公司的销售经理会告诉大陪审团那些内容。另外，那两位律师都觉得，尽管那次销售经理会议的会谈情况看上去令人生疑，但是，此类会谈本身事实上并不违法。

至此，除了遗漏上述信息外，这位年轻律师还积极提供了错误信息——尽管这或许是他当时的美好期望。那么，该行为是否构成“误导行为”呢？换句话说，是否有理由说该行为不构成“误导行为”呢？这位年轻律师的行为是否属于故意提供虚假信息或故意遗漏某项陈述中的特定信息，以期他人对该陈述的内容产生误解呢？如果你觉得有必要的话，可以再看一遍制定法的相关规定。

当然，一些律师因为其证人准备活动中的不当行为受到惩罚也并非坏事。恰如马里兰州巴尔的摩市的道格拉斯·D·卡恩所言：“时代变了！”大家普遍接受了卡恩这一观点。多年来，由于职业道德标准与刑法规则贯彻的不彻底，一些律师在证人演练过程中喜欢在职业道德问题上打擦边球。他们的这种做法恶化了律师群体的处境。

但是，你或许会觉得，《被害人与证人保护法》编制了一张太大的法网。任何证人准备活动，都是基于影响证人证言的目的。这正是证人准备活动的意义所在，而且，这么做也并没有什么不对的地方。

毫无疑问，“影响”证人证言是出庭律师所承担的最困难、最难把握分寸的任务之一。如果处理得当，这么做将有益于司法审判活动；处理不当，事实上会妨碍司法审判的顺利进行。要想妥当地处理这一问题，不仅要求律师必须小心谨慎、拥有娴熟的专业技能，而且还要高度重视执业行为的最高标准。

相关的保护措施

这里的问题不仅仅在于这位年轻律师是否越过了法律的底线，而且，同样令人忧心的是，根据《被害人与证人保护法》，律师的正当行为是否也会受到制裁。

如果会的话，对于那些受到追诉但对证人并没有施加不正当影响的律师来说，该法律又提供了哪些保护措施呢？

第一，根据该法律的规定，被告人可以以优势证据证明，他的行为是合法的，他的唯一目的是为了鼓励证人如实作证。(18 U. S. C. § 1512 (d))

第二，人们希望，除非有证据证明律师的目的是为了诱使证人提供不真实的证言——根据法律，并不要求事实上达到了预期目的——否则，有责任感的检察官对于爆发全面战争的现代观念不感兴趣，而且不会轻易提起公诉。(对此，你或许认为，与其期望检察官会如此解释法律，倒不如由国会将其变成明确的法律条文。)

第三，几乎不要奢望，法官或陪审团会站在受到追诉律师一边。

那么，这意味着什么呢？——小心不要踩线！

第17章 不要教猪唱歌

安迪·隆德奎斯悄然走进公文包咖啡厅，没有说话，只是瞟了一眼大家，然后找了张靠墙角的桌子坐了下来。贝斯·戈尔德问他怎么啦。但是，安迪只是静静地坐在那儿，看着墙发呆。最后，他终于开口说话了。

“他真是个彻头彻尾的笨蛋!”隆德奎斯说，“十足的傻瓜。只一个上午，整个案件就被他弄得乱七八糟。”

“你是在说谁呢?”贝斯问，“法官冈恩么?”

“不是。”隆德奎斯说，“我说的是我的当事人。这是我见过的最笨的当事人。也是我见过的最糟糕的证人。我花了好几个小时帮助他准备他的附誓陈述，可是他却把我的话忘得一干二净。”

“我的意思是，当事人怎么会这么笨呢?”隆德奎斯说。

“欢迎加入我们的行列。”贝斯说，“我自己也遇到过不少相当糟糕的当事人。”

“阿门!”我说，“这正是人们一开始就需要律师帮助的原因所在啊!——他们陷入了他们自己无法解决的困境。”

“我当然知道这些。”隆德奎斯说，“就在上周，被告方提出，如果我方愿意和解的话，他们愿意支付25万美元，但是，被我们拒绝了。然而，今天上午，我的当事人却表现得如此糟糕，能得到赔偿就算万幸了。附誓陈述程序结束时，被告方告诉我，他们要撤回原来的和解请求。”

“你和你的当事人在附誓陈述的准备工作上花了多少时间呢?”我问。

“很长。”安迪说，“10到12小时吧。”

安格斯放下报纸看了我们一眼。“不仅仅是在证人准备上花了多少时间。”他说，“还要看你是怎么准备的。”

“该做的我都做了啊!”隆德奎斯说，“我说了一遍又一遍，他说他听懂了。”

“似乎一直是你一个人在说。”安格斯说。

“是啊!他只是在听我说。”隆德奎斯说。

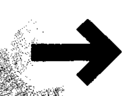
“有时候，单靠你一个人说是不够的。”安格斯说，“例如，证人准备活动就是这样。”

安格斯说的对。证人准备活动不应该是律师的单方活动。

第一，你应当知道证人会说些什么以及他会以何种方式说。

克利夫兰市的出庭律师杰弗里·波洛克给我们讲述了他执业生涯中办理的第一起案件的故事。波洛克所在的律所代理的是一家经营状况不好的银行。其中，波洛克的工作是帮助一位银行官员做附誓陈述前的准备工作。抱着精益求精的态度，波洛克整理了错综复杂的法律关系以及每一笔交易的详细细节，并与证人一起把所有内容都过了一遍。

在整个准备活动中，那位银行官员对于年轻的波洛克的表现表示满意，而且，一直点



头表示认同或轻声表示赞许。波洛克确信，证人已经掌握了所有事实，而且知道如何应对可能出现的任何问题。

然而，实际的附誓陈述活动却令人感到震惊。这位证人宣誓后提供的证言与一天前所说的那些话几乎毫无关联。很长时间以后，波洛克才弄清楚其原因所在：在证人准备活动中，一直都是他一个人在讲。

第二，你应当让证人练习一下怎么当庭作证。

任何一位证人都有需要他穿越的艰难地带。律师的职责不是教他们说什么，而是帮助他们以正确的方式表达出来——在小心翼翼地说真话的同时，保证富有成效地交流并避免出现严重的错误。

最好的方法之一是用录像机把证人的作证活动记录下来。当然，没有必要把整个直接询问与交叉询问都录下来，进行全面的审查。通常情况下，15 到 20 分钟的视频就可以发现证人的回答听起来像是在遮遮掩掩，或者，在与交叉询问人发生争执时，表现得过于想说服别人相信自己的证言。

你会说，稍等一下。将证人作证准备活动录下来不是会给自己惹麻烦吗？对方不是可以要求开示这样的视频吗？

不过，如果你注意这些录像带的使用方式的话，这原本是可以避免的。如果该证人是你的当事人，该录像带受到律师与委托人特权的保护。如果该证人不是你的当事人，而仅仅是一位证人，该录像带则受工作成果特权的保护。

但是，恰如威斯康星州上诉法院（位于密尔沃基市）法官拉尔夫·亚当·法恩（Judge Ralph Adam Fine）指出的那样，如果你在审前程序中曾经将这些视频用于唤起证人的记忆，那么，这些视频就失去了上述的特权保护（《联邦证据规则》第 612 条）。因此，请将这些视频用以帮助证人成为一名更好的交流者，而在帮助证人回忆忘掉的东西时，请使用该证人的附誓陈述之类的东西——对方手里已经有这样的材料了。

第三，你需要留心证人证言的内容。费城的出庭律师福克斯——ABA 诉讼分部出版的《法律守护者》（*Legal Tender*（1995））的作者，该书主要讨论了法律职业道德问题——曾经讲过一起他办理的建筑案件。

福克斯代理的是承包商。该承包商起诉新建办公大楼的所有人，请求对方支付欠款。在一次整理案情过程中，福克斯问该承包商，是否还有其他项目也应该一并提起赔偿。

像所有建筑活动一样，建筑过程总会出现一些设计上的变化。面积更大的停车场意味着灯具要花更多的钱；面积更大的地下室会出现更多的储藏室房间；园林景观建设；以及一些小细节的具体开支清单。

在证据开示过程中，应发包方要求，该承包商向其提供了证明这些额外工作的所有证明文书。其中，有正式的计划变更书，以及用工时间和所用材料的各种记录。

在指导该承包商的高级主管准备其附誓陈述过程中，福克斯决定具体演练一下如何为某项计划变更书建立举证的前提。

问：这是原告方的第 14 号物证。你认识么？

答：是的。这是该办公大楼的一份计划变更书。

问：第 14 号物证是在额外工作实施前后制作的么？

这位高级主管压低了声音回答说。

答：不是。事实上，这是在上周弄的。不过，在附誓陈述中，我不会告诉对方。

福克斯理所当然要把这一事实告知对方律师。该案最终以和解结案，但原告方得到的

赔偿比原本可以拿到的赔偿少了很多。

为了避免你产生用当事人提供的不实信息以卵击石的念头，请想一想，如果在公开审理的法庭上，你才发现发包方在开庭前根本没有收到过这些“计划变更书”的副本，你该怎么办呢？或者，对于你或你方委托人的行为，你能提出什么样的辩解理由呢？

第四，密尔沃基的出庭律师罗伯特·迪普伊警告说：“就像西方巫婆一样，任何证人一旦站在证人席上，其证言都会破绽百出。没有哪个证人在法庭上或在附誓陈述程序中的表现会像在你办公室里那样。”

迪普伊曾经指导过一名很容易就会给人留下深刻印象的、睿智的、善谈的银行高管。在准备活动快要结束的时候，该高管对迪普伊说，迪普伊真的应该问问他有关将还贷的账户更换为另外一个账户的事项。

“好吧。”迪普伊说，“关于将还贷账户更换为另外一个账户，你们银行是怎么规定的呢？”

“这么做肯定违反银行的规定，也就是说，我们肯定不会这么做。”

这种简洁明快、直截了当的证言将会给陪审团留下很好的印象。

在法庭审理过程中，迪普伊重述了上述问题：

问：关于将还贷账户更换为另外一个账户，你们银行是怎么规定的呢？

答：我不认为我们有这方面的规定。

问：好吧。你是否曾经处理过将还贷账户更换为另外一个账户的业务呢？

答：如果我们这么做的话，我们一定会非常小心。

证人准备活动中原本直截了当的回答，在庭审时竟然变得一塌糊涂。

第五，看看证人自己的衣橱。

一些律师喜欢到他们当事人家里，帮助他们挑选出庭时穿的衣物。这不是什么新鲜事儿。在 20 世纪 40 年代后期的一部黑白电影中，大个子路易是一位具有长长犯罪记录、“赋予控方证据活力”——用他们当时的话说——的证人，他的证言对那位错误受到杀人指控的英雄十分不利。

控方不仅赋予了大个子路易刑事豁免权，而且，检察官还给他找了一身新西服以便可以给陪审团留下一个好印象。在交叉询问中，辩护律师问道：

问：嗨，路易。你打算留着这套西服么？

路易不知道怎么回答才好。于是，他看着检察官，期待检察官告诉他怎么回答才好——此时，检察官已经羞得双手捂脸了。

听上去很好玩。不过，在现实生活中，会发生这样的事情么？

阿尔布开克市的查理·丹尼尔斯与凤凰城的拉里·德布斯曾经联手为一起受贿案进行辩护。控方的一位关键证人在出庭时故意穿了一身普普通通的休闲装——休闲裤、蓝色的开领衬衫，没有穿外套也没有打领带。

但是，有一位被告人曾经在凤凰机场见过这位衣着休闲的证人——当时，他一身意大利丝制西服，胸前插着白手帕，脖子里打着领结，脚下则是 300 美元一双的皮鞋。他绝不仅仅是一身正装，而是看上去就像 GQ 杂志（《绅士季刊》）上的模特一样。

既然也不会有什么坏处，于是，德布斯决定就其衣着展开交叉询问。

问：你并不总是穿得这么随便，是么？

答：差不多吧。

问：你平时不是都穿西服么？

答：是的。

问：丝制西服？

答：有时候是。

问：并配以手帕和领结。

答：是的。

问：那么，是谁让你穿成这样来糊弄陪审团呢？

答：是检察官让我这么穿的。

之后，在终局辩论中，辩护方指出，为了给陪审团制造一种错误的印象，检察官的“一个个证人像经过训练似的”。

第六，你能做的工作非常有限。

阿尔布开克市的出庭律师兰迪·麦吉恩曾经代理过一位因脾气不好而陷入纠纷的卡车司机。这位司机，你只要一激他，他就会失去控制。这真是一个问题：他这个样子可能会给原本很扎实的人身伤害案件带来很大的麻烦。

麦吉恩与她的当事人一起进行准备工作。她已经让当事人练习了直接询问与交叉询问。事实确实如此，交叉询问人很容易就能激怒他——尽管这只是练习。

“你难道没有看到你的表现么？”麦吉恩说，“交叉询问人一激你，你就火了。因此，无论对方律师怎么挑衅，我希望你能够镇静、合乎情理地回答他的问题。交叉询问人的声音越大、越愤怒，你的回答就要越平静、越合乎情理。”

通过反复训练，当事人终于可以控制自己了。

但是，在法庭上，麦吉恩的所有努力全白费了。在这位卡车司机接受交叉询问时，没有一个问题能让他感到高兴。于是，在法庭上，当着法官和陪审团的面，他突然站起来，对这辩护律师说：“如果是法庭外面问这样问题的话，我会开车撞死你小子。”

主审法官命令法警控制住了这位卡车司机，并迫使他坐下来。

这对麦吉恩是一个非常重要的教训。用一句俗语来说得话，那就是：“不要教猪唱歌。既教不会它，还惹得它不耐烦。”

第18章 庭审笔记

在对对方的关键证人进行交叉询问的过程中，那位年轻律师打算用该证人先前的不一致陈述对其进行弹劾——这些陈述是本案的核心问题。

这位证人名叫查尔斯·马洛伊。在直接询问中，他作证说，原告人、被告人和他曾经在他的办公室里就合同达成过一项口头修正协议——该合同是本案的标的。但是，在散漫的附誓陈述中，马洛伊先生曾经承认，他从来没有在自己的办公室里与本案的双方当事人接触过。

为了运用该证人当庭证言与附誓陈述之间的矛盾对其提出质疑，律师就像教材上讲的那样进行了一步步铺垫。之后，他开始对证人展开质证了。

问：你不是第一次就本案作证了，是吧，马洛伊先生？

答：我恐怕没有听明白你的意思。你什么意思呢？

问：哦，你曾经就本案作过附誓陈述，不是么？

答：是的。

问：你曾经举手宣誓说你将如实作证？

答：是的。

问：而且，你所说的都是实际情况，不是么？

答：当然是啦。

问：（拿起有850页的第二册附誓陈述笔录）你当时说过的话，法庭报告人都记录下来了？

答：是的。

问：我接下来要问的问题是……（他用大拇指迅速翻了一遍附誓陈述笔录）是……稍等一下……（他又迅速翻了一下整本笔录）是……（他又拿过来第一册附誓陈述笔录翻起来）啊……你是否……啊，与韦尔梅厄先生、哈罗德·斯蒂文森……呃……法官大人，能请您稍等一会儿吗？

法庭：可以。

[之后，法庭临时休庭5分钟。]

问：（努力装出一副很自信的语气）好吧，马洛伊先生。让我们再回到你办公室的那次会面上来。但是，首先，我想请你说一下你与哈罗德·斯蒂文森是什么关系……

效果如何呢？

简直是一场灾难！

为什么这么说呢？

这位律师曾经经历了令人筋疲力尽的证据开示活动。他曾经听取了每一个证人的附誓陈述，进行了询问，研究了每一份陈述，做了大量笔记。卷宗上贴满了进行深度分析的贴纸。他就本案提出了一个一以贯之的事实解释，并设计了各种审判技巧。

问题是，在庭前准备时他使用了贴纸、马尼拉文件夹、棕色折叠档案袋之类的东西。

对于这种档案存放方法，约翰·阿兰·阿普尔曼曾经说过这样一段话："再没什么事情会比律师不断翻找东西更能削弱法庭或陪审团对律师的信任感了。"（J. Appleman, ed., *Successful Jury Trial* 100 (1952)）

与其他更为正式的法律术语不同，出庭笔记（the trial notebook）的意思就是它的字面意思。这是一种庭前准备方式：即，事实上就是用笔记本来组织法庭上将要用到的所有东西。

采用出庭笔记这种方式，有许多优点。第一，（可能也是最重要的意义）在法庭审理过程中可以帮助你尽快找到你想要的信息，包括从附誓陈述的具体页码到如何针对对方提出的异议作出正确反击等内容。恰如《出庭辩护：问题与资料》一书作者所言（A. Leo Levin and Harold Cramer, *Trial Advocacy—Problem and Materials* 7 (1968)）："手头放着以下参考材料的律师，才是一个职业化的律师：针对对方律师提出的、在他人看来完全是出其不意的异议，都已经早有对策准备。对于绝大多数富有成效的辩护事例，其真正原因都不在于律师的运气或过目不忘的记忆。"

第二，如果你是刚进律所的新律师，那么，出庭笔记会具有两方面的作用：一是，借助出庭笔记，资深律师可以在开庭前帮助你检查一遍你准备得怎么样；二是，你业务的熟练程度会给资深律师留下深刻的印象。

第三，如果你的出庭笔记比较系统的话，当你因故不能继续办理该案时，你的同事可以轻而易举地接替你。

那么，出庭笔记要记哪些内容？理由是什么呢？在具体列举这些内容以前，需要说明的是，出庭笔记的优点之一在于其灵活性。记什么内容以及记录的详细程度，取决于你本人以及你手头办理的案件性质。出庭笔记要想成为一种有效的手段，就必须有助于你的工作。

笔记本的选择

对于那些愿意使用这种方式的人来说，装 8.5×11 英寸活页纸的活页夹是不错的选择。如果你想在活页夹里用标准纸张（legal size papers）的话，你可以把纸横过来，在一段打孔就行了，或者，折一下，放在袋子里。不管怎么说，更大号的活页夹并不是很好买。此外，由于更多的法院要求使用 8.5×11 英寸的纸张，当然也要用相应标号的活页夹。买一些带分类标签的文件夹——就像你中学时买过的那些一样。不同的是，这一次你真的要用它们了。

不管你选的是什么型号的活页夹，一定要很容易打开才行。现在市场上有一些新款的活页夹，轻轻一推塑料锁就可以把文件夹锁起来。但是，一些律师依然喜欢那些带老式金属暗扣的传统活页夹。他们声称，就像巴甫洛夫试验中的铃声会引发狗该进餐的反应一样，这种暗扣发出的声音也可以引发对手的恐惧感。

更重要的是，现如今，这种活页夹在各大文具店都可以买得到。通过三个金属扣，这些活页夹可以放 8.5×11 英寸的纸张，也可以存放那些你不愿意在上面打孔的文件、照片或其他展示物（以及为法官、对方当事人、陪审团准备的复印件）。

目录与索引

目录位置最靠前，却是最后才完成的。但是，这份档案的第一份文件应该是一份临时

目录，以便提醒你在准备活动中需要做哪些事情。

目录一般不需要标出页码，只要能显示出庭笔记各部分内容的先后顺序就可以了。既然随着诉讼进程相关材料会不断夹进来或剔除出去，要求准确地标出页码是不现实的。

通常情况下，不需要编制索引，但是，在可能拖很长时间的案件中，索引却是一种有用的手段。不过，与在出庭笔记后编制一份常规的索引相比，按照拼音顺序再编一份目录会更有用一些。

案件分析

一以贯之的案件事实解释是富有成效地展开诉讼活动的基本要素之一。提出一个可用以说服法官和陪审团的、前后一致的解释（the unifying concept），是案件分析活动的具体内容之一。在此，可以把所有有助于规划案件的内容——无论是正式的还是非正式的，从有关审前动议、陪审团遴选的想法，到终局辩论、请求法官如何指示陪审团的思考——都写下来。

分析对方的案件

如果你想出色完成己方任务的话，你就必须心理换位思考一下对方的案件。在分析对方案件时，不需要单独列一个条目，但是，将其单独列成一部分却是必要的。

制作一份检查清单

无论是原告方还是被告方，制作一份正式的检查清单（a form proof checklist）都非常重要。好的检查清单应包含三个层次的内容：

1. 你方依法必须证明的规范事实——你方诉讼请求或辩护事由的构成要件。
2. 用于证明每个构成要件的证据。
3. 证据来源。

这可能听上去有点复杂，其实不然——当你将这三个层次的内容简化为构成要件、证据、证据来源三个词组时，尤其如此。以下有关原告方出庭笔记的简单例子可以说明这一点：

被告人的过失
　　限速25英里——林茨警官
　　旁边的目击证人——卡伦·马圭尔
没有尽到合理注意义务
　　没有踩刹车——
　　　　被告人附誓陈述中的自认
　　　　马路上没有划痕，林茨警官

制作一份检查清单具有以下好处。第一，它可以迫使你留心案件事实的各个侧面。如果存在断裂的话，这些断裂会在审查清单上表现出来。第二，它可以帮助你把握证据的整体意义、精炼你的事实解释。第三，马上就要开庭的时候，浏览一遍你的检查清单，可以唤起你对该案的记忆。第四，随着法庭审理活动的逐步展开，检查清单可以帮助你依序提



出所有的证据。就像记分卡一样，你可以随着程序的推进，划掉已经出示的证据。此外，检查清单还可以帮助你确定是否需要采取某种补救措施，如传唤一名证人予以反驳。第五，在你方举证快要结束的时候，看一看审查清单可以确定是不是所有的证据都已经出示完了，因此，可以停止举证了。

遴选陪审员

在陪审员遴选程序中，你能否发挥真正的作用取决于你所在的法院。在陪审员审查程序中，你能够做哪些事情取决于这一程序的具体规定。但是，无论是由你向陪审员候选人提问，还是由法官来问，如果缺少了记分卡，你将无法决定谁应当胜出。为此，你应当制作一个表格。即，一组代表陪审员候选人的方块，在每个方块里，写上陪审员候选人的名字和必要记录。

如果由你向陪审员候选人提问的话，可以在这一部分列出你想向陪审员提问的问题提纲或问题清单。如果是法官来问的话，则要在这里列出你可能请求法官询问的补充问题清单。

开庭陈述

一般来说，将开庭陈述写出来并不是一个好主意。因为你可能会忍不住在开庭的时候大声朗诵写好的稿子。朗诵稿子几乎总是错误的选择。尽管朗诵事先准备好的稿子会比即席发言听上去更流畅、更有文采，但是，书面语言有别于口头语言。而且，无论多么努力，你几乎不可能再现写稿子时心中激荡的情感。结果只能是：如果你是在朗读开庭陈述的话，你的情感将难以与文字相呼应，你的声音将缺乏真诚感。

但是，这并不意味着你不应该写任何东西。一些重要的话语，你可以写在这一部分。

诉讼契约与审前命令

开庭后，当事人往往会立即向陪审团宣读当事人双方达成的各项诉讼契约，尽管这么做并不是一种好的做法。通常情况下，一上来，最好先传唤可以提供强有力事实的证人，在适当的时候再去挥舞那些诉讼契约。

如果你需要提及某项审前命令的话（当然，以存在此类审前命令为前提），你最好知道它们在出庭笔记的哪个位置——一般在出庭笔记的前几页。如果有必要将各种起诉与答辩文书放在出庭笔记里面的话，也应该放在出庭笔记的前面。而另一方面，如果在庭审过程中根本没有必要提及这些东西，那么，不要仅仅因为这些材料很引人注目就把它们都放在出庭笔记里。

证　人

这部分内容应当分成两部分。第一部分，以你打算传唤其出庭作证的先后顺序，编制一份证人清单。如果证人清单超过一页的话，最好按照字母顺序再编制一份清单。

在证人清单中，不要只写下证人的名字。还应当写下他们的住址、电话号码（包括住宅电话和办公电话），以及是否已经送达传票等备注。在之后的程序中，如果你方的某个

证人没有在指定的时间到庭，那么，根据上述信息将很容易找到他。

除上述信息外，描述一下证人与案件的关系也很有帮助。证人的作证顺序对其证言的说服力将产生重大影响，因此，应当精心安排以便使其契合你方的事实解释。诸如“侦查人员——强有力的证人”之类的备注，也非常有用。

之后，要列出对所有证人进行直接询问与交叉询问的询问提纲。当特定证人站在证人席上时，你只需将出庭笔记翻到对应页就可以了。

这恰恰是出庭笔记优于贴纸、马尼拉文件夹、棕色折叠档案袋之处。在每个证人的子项下，首先是一个重点信息摘要——用一页纸，标出证人的姓名、地址、电话号码、工作单位、与案件的关系——就像证人清单中列的那样。接下来，应当用一小段内容（就一两句话）解释一下为什么要传唤该证人出庭作证，通过该证人，你希望能够证明哪些内容。在传唤该证人作证以前，读一下这一带有导言性质的材料以及那一段关于传唤证人目的的话，可以帮助你正确展开对证人的询问。

询问提纲

接下来，应该是你的询问提纲。无论是直接询问还是交叉询问，要像肯尼·赫格兰（Kenney Hegland, *Trial and Practice Skills in a Nutshell* 142（1978））建议的那样，将你的询问提纲写在纸的左手边。为了保证你会这么做，你甚至可以考虑在纸的正中间画一条线将其一分为二。

为什么呢?

因为右手边留有大片空白，你可以在那里记一些补充性文字。更重要的是，你可以在那里特别注明证人证言中富有感情色彩的语言、重要的妥协，以备将来在终局辩论中使用。这些都是一些最基本的内容，但是，除非有地方将它写下来，否则你可能根本不会去写。

对于绝大多数律师来说，将所有的问题都列出来，反而不如列出询问提纲更有效。在证人没有作出预期回答时，明确写出来的问题就无法像询问提纲一样灵活多变了。此外，除非像传统广播剧的演员那样郑重其事地朗读它，否则，在询问证人时，逐字逐句地念事先准备好的问题，会给人一种“事先安排好”的感觉。这么做不仅会大大削弱证人的可信性，同样也会降低律师的可信性。但是，有一些问题则需要写下来，而且需要逐字逐句地念出来——对于专家证人而言，尤其如此。

检查清单

询问提纲之后，是有关特定证人的检查清单。用一份很短的清单列出你希望从该证人那里获取哪些重要的证据信息。在你准备结束针对该证人的询问时，简单浏览一下检查清单。任何遗漏都将一目了然。如果没有遗漏，你就可以自信地说“没有问题了”。

太多的律师在快要结束直接询问或交叉询问时喜欢漫无目的地乱问一通。他们觉得借助这种方式或许可以多覆盖一些内容。出庭笔记将杜绝这种做法。

附誓陈述索引

现在，我们可以讨论让那位年轻律师感到绝望的事项了：附誓陈述与交叉询问。



仅仅制作一份附誓陈述并在开庭前通读一遍是远远不够的。出庭笔记最重要的特点之一即在于：要编制一份附誓陈述索引。与附誓陈述索引相关，就如何才能富有成效地做好庭前准备，存在以下分歧：最好由办理该案的律师亲自来做，还是放心大胆地委托年轻律师或准法律人士去做呢？

无论你的答案是什么，有一点是确定的：附誓陈述索引绝不仅仅是一个形式问题。只有对案件有全面了解的人才能承担编制附誓陈述索引的工作。基于此，一些律师尽管会将许多工作都委托给他人，但是，他们却会亲自编制案件的附誓陈述索引。

这样的索引究竟有多复杂完全取决于案件本身。通常情况下，用一两页纸，列出相关的话题以及对应的页码就足够了。但是，在复杂案件中，更稳妥的做法是：准备一些书面摘要、编制一些参照索引——鲍尔·伯格曼的著作（Paul Bergman，*Trial Advocacy in a Nutshell* 375—76（1979））对此有详细的论述。

书证与可展示物证

就像证人部分一样，书证与可展示物证也应当分成两部分：首先是目录清单，之后是这些证据本身。

如果某证人可以就某书证、照片或其他可展示物证提供充足的同一性人证和解释，你或许希望将其装在该证人证言部分的袋子里，作为该证人档案的一部分。

另外，如果案件涉及大量书证，更好的办法或许是，将它们单列一部分，甚至是单独做成一册。在某些情形下，为法庭、每个陪审员以及对方律师分别准备一整套书证的复印件，或许是一个不错的想法——如果这些书证已经经过重新编排页码并经对方确认，就更应该这样做了。

在每份书证前面，应当附一页纸说明，铺垫举证前提的具体要求以及可以担此重任的证人姓名。如果你已经预料到对方律师会就举证前提问题制造麻烦，那么，你可以在这里注明你依据的判例名称。

有关证据与程序的备忘录

任何案件，都会存在一些可能引发争议的证据或程序问题。而且，稍微动一下脑筋，就能提前发现这些问题——例如，因存在相反证据时，某项推定的效力如何？或者，仅仅出于医疗目的接受咨询的大夫是否可以就某人的医疗史作证？

诸如此类问题的答案往往因州而异。尽管这些问题会对法庭审理活动产生重大影响，但是，如果法官就这些问题作出了错误的裁定，上诉法院通常不会因此而撤销原判。明白这一点非常重要。因为这意味着，一般而言，你只有一次获得正确裁定的机会，那就是当此类问题第一次提交法庭的时候。

许多律师都会针对这些问题做必要的准备，但是，由于贴纸、马尼拉文件夹、棕色折叠档案袋之类东西制造的泥潭，他们或者在要用的时候找不到准备的材料，或者难以富有成效地对此加以论证。

或许，兼采口头表达与书面方式是争辩此类问题的最有效方法。书面材料要非常简短，在一张白纸上，打印上几句话即可。这种备忘录的效果十分明显，因此值得花一点儿时间解释一下为什么它会如此有效。

如果你观察一下律师将一大摞书放在法官面前时法官的表情，那么，将会帮助你抵御

这么做的欲望。将一本打开的书放在法官面前，等于说："我还没有完成这一研究工作。可能还存在着大量相互矛盾的判例。尽管这些材料可能与本案无关，但是，我觉得它可以支持我方主张。"

一份冗长的法律摘要传递的以下信息同样缺乏说服力："我真的做了大量功课。这是一个值得详加讨论的难点，正反两方面的理由都已经列了出来。你可能没有时间阅读这份摘要，但是，如果你能基于我的勤奋阅读它的话，我将不胜感激，尽管我的观点可能是错的。"在激烈的法庭征战中，这种冗长的法律摘要通常不会有人去读。

但是，简单的法律摘要传达的信息则截然不同："就是这样，答案很明显。我已经做了大量功课，而且我确信这就是正确答案。只需看一下，你马上就会知道什么是正确的裁判了。漠视它会给你带来麻烦。"在庭审过程中，如果备忘录非常简短，法官是会看的。在其他材料上面，你要放三份这样的材料，一份给你自己，一份给法官，最后一份给对方律师。

终局辩论

在接受案件以后，你就要着手准备终局辩论了。相关的内容可以写在这个地方。因为你把相关内容放在了一起，你实际应用这些内容的几率也就大大提高了。

各种动议与指示

在某些司法辖区，请求法官对陪审团作出指示的方法相当不正式——除非涉及某些新的法律问题，否则只需列几句话就行了。然而，有些州则需要遵循更复杂的程序。在某些州，请求法官作的每一项指示都必须独立成页，同时，附上一份用以记录法官是否同意作该项指示的表格。无论具体做法如何，带有分类标签的活页夹特别适合存放有关指示的书面请求以及用以支持补充性动议的法律摘要。

经过以上漫长的准备工作，你现在可以看一看，制作一本出庭笔记的最大价值是什么了。这一方法让整个法庭准备工作变得非常容易。只需标上页码，它立马就会变成一本关于案件的标准化报告。而且，它准确地指出了你必须做的工作。

此外，它还会帮助你打赢官司。

第19章 最后的准备工作

星期二的时候，马德拉克法官向我们双方保证说，他至迟会在开庭 90 日以前通知我们，而且，开庭日期一旦确定将不再随便变更。于是，我们都开始拿出自己的日程表，商量具体定在哪一天更合适。

我们喜欢提前 90 天通知的做法。因为安格斯和我刚刚接受案子不久，我们需要有更充足的准备时间。

两天后，安排马德拉克法官日程的书记官打电话给我们。提前 90 天通知的承诺缩减到了 40 天以下。最终确定的开庭日期距离现在只有 37 天的时间。马德拉克法官知道这一天我们双方律师都没有其他安排，于是，未经商量，就按照他的时间表强行确定了开庭日期。

我们曾经想过提出异议要求改期。但是，我们意识到，这么做极有可能会将开庭的时间推迟到 18 到 20 个月以后的某一天，于是，我们决定进入最后的准备状态——此时，最好不要再胡思乱想你可能做些什么，而是要开始做你必须做的准备工作。

这是一起不公正的贸易案件。我们已经在案件事实解释上（the theory of the case）花费了很多时间——我们已经审查了双方的优势与不足、明确了我方必须赢取的重点问题、整理形成了我方的事实解释。

这原本是马蒂·洛根办理的案件——洛根是安格斯法学院的老同学——在证据开示程序全部结束以后，他才决定邀请安格斯一起办理这起案件。

尽管马蒂与安格斯很熟，但是，对于安格斯的办案风格，他却并不是很了解。

“让我感到焦心的是，我们应该怎么处理这些书证。”马蒂说，“我们手里大约有 7 500 份备忘录、信件、要约、e-mail 邮件、手写的便条和正式的商业记录。不过，幸运的是，9 个多月以前，我已经将这些材料都刻在一张大光盘上了。”

“但是，我们需要确定究竟向陪审团出示哪些材料。”马蒂说，“之后，我们需要选择一种适宜的信息提取软件，然后安装、运行、测试。我想，我们最好马上给档案技术部门的那些档案处理专家打个电话，否则，开庭前我们恐怕弄不好这些文件啦。”

“你说的对。”安格斯说，“我们手里有将近 7 500 份书证。但是，只有 1/3 的材料真的与本案争点问题有关——这意味着大约有 5 000 份的材料根本不需要我们做进一步的调查。”

“在剩下的 2 500 份书证中，绝大多数只是印证了我们原告之间以及他们被告之间曾经签订的某些合同，而对于这些，起诉、答辩文书都已经承认过了。”

“但是，关于引发该案的导火索，却缺乏任何文字材料的支撑。”安格斯说，“没有任何直接证据。必须用的书证只有 6 份——这些书证是本案中至关重要的证据。还有 15 到 20 份材料，将有助于陪审团理解本案的案情。剩下的都是多余之物，把它们留在家里就行。”

“不过，既然已经将它们刻在了光盘上，那么，需要的时候，你只需检索一下，很快就能找到相应的书证。”马蒂说。

“但是，就像很不容易才从档案堆里扒出来或者从桶底下翻上来一样，这么做并不会赋予这些书证任何相关性。”安格斯说，“它们依然是多余的废物。只不过是高科技废物罢了。”

“我觉得你说的很对。”马蒂说，“不过，至少我会觉得，我做的这些工作还是很有用的嘛。”

“我们有一大堆重要的事情要做。”安格斯说，“除了找到这些书证、物证与证人，做好出庭准备还需要做更多的工作。”

斟酌措辞

第一件事是，我们要花三四个小时的时间，运用头脑风暴的方式（a brainstorm session）思考一下我们将要使用的辞藻。我们需要斟酌讲述我方案件事实解释时使用的措辞——开庭陈述与终局辩论使用什么语言，用什么样的字眼可以帮助我们在直接询问和交叉询问中勾画出一幅正确的图画。

既然大家都觉得律师是擅长语言文字的大师，那么，甄选推敲文字就显得十分重要。

- 正确的措辞可以创造出一种视觉形象，从而影响法官和陪审团思考问题的方向。
- 正确的措辞有助于在交叉询问中掌控对方的证人、在直接询问中给我方证人以指引。
- 你使用的语言是影响别人怎么看你的原因之一：你究竟是一个可靠的信息来源，还是一个试图骗人的“大忽悠”？

在进行“头脑风暴”过程中，要记录下你所能想到的、有可能使用的所有单词。此时，最重要的是，不要因为听起来太严厉、太口语化或者仅仅因为你自己不喜欢这样的说法而轻易拒绝任何字眼。例如，在想“合同（contract）”这个词的替代用语时，既要写下那些明显可用的词语，如，“promise”、“agreement”、“word”、“bargain”、“deal”，也要写下不确定是否能用的词，如“pact”、“covenant”、“bond”、“commitment”、“accord”。

只要想到了就把它写下来——这么做可以让每个人都开动脑筋，也可以防止你遗漏事后证明特别契合特定场合的措辞。直至每个人再也想不出什么新单词的时候，你再动手从单词列表中精选最恰当的用词。

于是，我们开始斟酌，在讨论合同问题时用什么词最好。我们首先删掉了“pact”、“covenant”、“accord”。但是，我们保留了“bond”，因为这个词刚好有一句谚语：“问题在于，你的话算不算你的承诺。（The question is whether your word is your bond. ）”

照　片

接下来是照片——这种语言表达方式可以向陪审团真实地反映你方的案件事实。安格斯认为，这是有说服动力学原理基础的。如果法官和陪审团能够看见你方的事实——因此，要将你方的所有证据都变成视觉材料——那么，他们事实上就变成了你方案件事实的目击证人。如果他们曾经亲眼看到了你方的案件事实，那么，他们将会相信自己的眼睛。

于是，我们开始制作影像。各种快照，以及讲述我方事实解释的、带文字的照片。

我方案件的重点部分在于，必须证明被告人故意挖走了我方的一个供应商。

我们代理的是电子玩具公司（Electro-Toys）。只有一个生产厂家生产的固件可以把我方生产的电子游戏设备组合在一起。如果我方得不到这种固件，我方的整个生产线就不得不暂时关闭 3 个月。

现在的问题是，我们没有直接证据证明，被告人——电脑游戏公司——曾经对该固件的生产商施加过影响。我们的证据都是间接的。

我们在可允许的推论与合乎情理的推断方面已经陷入困境。此时，安格斯站起来，走到黑板前，写了三个单词。“如果我们把电脑游戏公司知道什么、说过什么、做过什么这三个场景依次组合好的话，”他说，“陪审团自己会把这些场景组合成一幅关于故意实施干预的画面。”

两个小时后，我们制作了三组事实列表。我必须承认，将这三组事实联系在一起，将会给人留下深刻的印象。庭审过程中，安格斯在作开庭陈述的时候，将这三组事实列表写在了黑板上。这三条线——他们知道什么、他们说过什么、他们做过什么——成了本案的主题。而且，我还将这些列表进一步扩展，并就每个列表弄了一个展板，供终局辩论时使用。

这么做会有用么？陪审团作出判决后，陪审团主席告诉我们：“一旦我们知道了电脑游戏公司知道什么、说过什么、做过什么，他们对你方固件供应商故意实施干预的事儿也就变得一目了然了。”

证人肖像

由于安格斯和我是在证据开示程序结束以后才接手案件的，因此，我们没有参与过本案的任何一次附誓陈述活动。其中，我方有两个证人的附誓陈述活动在当时制作了录像。因此，通过录像，我们可以直观地了解他们作证时的具体表现。但是，对于其他证人，我们不得不诉诸冰冷的文字记录，以及马蒂关于他们作证表现的回忆。

于是，为了尽可能了解每个证人作证时的具体细节，安格斯在听取马蒂汇报上花费了相当多的时间。这些具体细节包括：这些证人对案件持什么态度、是什么事情让他们感到气愤、他们觉得哪些内容更重要、他们说话的语速是快还是慢、他们看上去是充满敌意还是相当友善、证言比较稳定还是反复无常，以及在记录以外他们的表现怎样。

通过获取此类信息的意义在于：据此，你可以了解将要接受询问的是一个什么样的人，以及他们在法庭可能会有什么样的表现。

最好的做法是，每次附誓陈述结束以后，都立即向自己汇报一下你的感受。你做得越晚——就像我们在本案中这样——遗漏的细节就越多。

无论如何，这些信息将构成这些证人的“肖像”——简单的文字描述将成为安格斯所谓的“质证重点”（focus sheet）的内容。在本案中，我方的每个证人和对方的每个证人都会有一页纸的“质证重点”。

质证重点

我负责将质证重点页（focus sheet）整理在一起。通常情况下，每份质证重点只有一页纸的内容，而且，在出庭笔记中，要放在每份证人证言的第一页。

安格斯甚至还会制作一份填满了名字的表格，以便查找起来更容易一点。

第一是个人信息：姓名、住址、电话号码、年龄、职业、婚姻状况、教育背景。

第二是该人与案件的关系，如“被告方从外面聘请的机械顾问”。

第三，“证人肖像”。

第四，预期作证内容的简单摘要。

第五，直接询问与交叉询问的焦点。

“稍等一下。”你可能会说，“‘焦点’？你什么意思呢？”

其实非常简单。就像整个案件需要一个主题思路一样，每一次直接询问和交叉询问也需要一个关注的焦点——集中于某些事实或观念。找对质证的焦点，可以让你针对特定证人的质证活动与整个案件的处理契合起来。

被告人——电脑游戏公司——了解我方的玩具制造过程，是我方证明的核心内容。因此，这自然也应当成为对对方首席设计师进行交叉询问的焦点问题。因此，在关于他的质证重点那一页上，我写了这样一句话：“电脑游戏公司对于我方制造玩具的方法了解多少？”安格斯则加了一句：“他们看到过什么、听到过什么、别人告诉过他们什么、质证中他们说了什么。”

在开始对电脑游戏公司设计师进行交叉询问时，安格斯一上来就问：

问：斯蒂克勒先生，我想集中讨论这样一个问题：对于电子玩具公司制造玩具的方法，你究竟了解多少？就让我们先从你 1997 年去该公司参观时看见了什么开始吧。你曾经参观过电子玩具公司吗？

答：是的。

问：是 1997 年 3 月吗？

答：是的。

问：你当时没有告诉他们你在电脑游戏公司工作，是吗？

答：没有告诉。

问：你说你是一家玩具连锁店的采购员？

答：是的。

问：你当时参观了电子玩具公司的生产线？

答：只有几分钟的时间。

问：你的意思是说，你看过他们的生产线？

答：我想是这样的。

尽管看起来还不错，但是，除非你真的将其用于审判实践，否则，你根本无法体会到这份质证重点的价值有多大。这张纸上，表明了证人的背景信息、他与本案的关系、“证人的肖像”、关于其预期作证内容的摘要、质证的重点（以及可能用到的关键字词）。

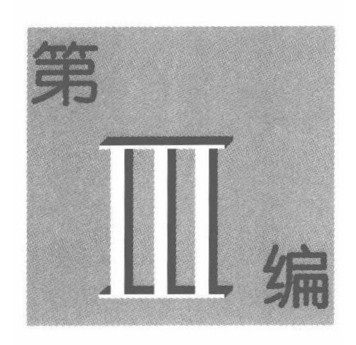
在你翻到下一页，看询问提纲与如何开始提问以前，你只需看一眼这页纸，对于该证人的整个情况就了然于胸了。

最后一步

当然，这里还有许多事情要做。例如，要确保你方的所有证人都能按期到庭；将你方的展示证据制作的尽可能准确、简单、可以给人留下深刻印象；对你方最重要的证人，进行几次直接询问与交叉询问的实际演练。

等到我们开始安排证人的出庭顺序，并把出庭笔记整合在一起的时候，马蒂·洛根已经对安格斯的庭前准备方式佩服得五体投地了。马蒂说：“我想知道，被告人的律师团队是否知道他们将遭受什么样的打击？”

他们当然不知道啦！



出庭辩护开始



第 20 章 律师的可信性

圣伊华，布里多尼人/一名律师却不是一个窃贼/这是一件对人们而言很奇妙的事。
(Sanctus Ivos erat Brito, Advocatus et non latro, Res miranda populi.)

《布特勒的圣徒生活》(1963) 第 2 卷第 352 页

多年以前，当一名联邦上诉法院的法官还是北卡罗来纳州一个小镇上的地区法院法官时，他审理了一起私酒案，该案由法官席审理。被告被指控以某种方式非法买卖私酒，而不是酿造私酒。

甚至我这个来旁听学习的法学院一年级学生，都能看出来该案的辩护有多糟糕。这位擅长办理私酒案件的律师对联邦法院不感到陌生，但是，对于证据规则以及不言自明的道德规则，却几乎毫无所知。

对执行逮捕的执法官员的交叉询问是灾难性的失败——律师自己都快要崩溃了。他试图将一些关于案发现场的照片作为证据，但是没人能够证明这些照片的真实性。于是，该律师就告诉法官说，这些照片是他自己照的。法官遂允许他提出这些照片。

最后是总结陈词。

是很好的传统故事吗?

不是。

能对事实和法律进行有机整合么?

不能。

存在程序障碍与宪法阻碍吗?

不存在。

是富有激情的雄辩吗?

不是。

作出以下陈述用不了半分钟:

法官大人，这个年轻人不是罪犯。他不是买卖私酒者。只是在现场搜捕时他碰巧正在那里买酒。

法官大人，我知道他是无辜的，因为当他付给我律师费时，全部都是零钱——1 元的和 5 元的，都是他从朋友和亲戚那里借来的。如果他是私酒买卖者，他肯定会用大钞，法官大人。

被告被判有罪。可能法官认为私酒交易者就是有很多 1 元和 5 元的钞票。

但是从这个辩护中能得出一个教训：即使律师输了官司，不知道证据，明显违背了道德准则，但是很明显，在你方当事人举证阶段 (in the justice of your client cause) 陈述你的个人信仰是完全不合适的。

此教训就是可信性的一个方面。

不是委托人的可信性，甚至也不是证人的可信性，而是那个律师的可信性。

但是很奇怪的是，以上例子并不完全是反面教材。

专业律师知道一些我们常人时常忘记的事情。强调每一次的出庭是一个简单的递进方式。

我很诚实。

你们应该相信我。

我认为我的委托人的主张是正确的。

因此，你们应该作出有利于我的委托人的裁决。

你会不会怀疑这真的是一场庭审上的场景？

想想。在大多数刑事案件中，陪审团认为辩护律师真的知道被告是否有罪，他们仔细观察律师，寻找一些微妙的线索，认为只有这些线索会揭露事实。

在陪审团遴选审查程序（voir dire）中（或者，由法官主持该程序的询问活动的，在该程序的开庭陈述中），你在评价陪审团，而陪审团也在评价你。（Kenney F. Hegland, *Trial and Practice Skills in a Nutshell*（West，1978）at 101.）在该书第 83 页赫格兰指出，在漫长的休庭期间，陪审团不能讨论案件，因此，他们会议论律师。

但道德准则呢？跟陪审团或者法官说，你相信委托人的案件，这是不对的。在道德的问题上，一般情况下你应该更进一步，避免表现出邪恶的一面。这是否意味着你要努力不信任你的委托人，以避免内心的感觉流露于外表呢？

不是。

该道德准则不允许你在你方案件中陈述你的个人意见。这并不禁止你实际上对你的委托人的主张持信任态度，也不禁止你以语言以外的方式表达你的意见。

当然，也没有相反的规则。我们很幸运，因为还没有任何规则要求我们完全相信委托人的所说和所为。

只要没有参与欺诈和犯罪，也没有提起无理由的诉讼，基本上你可以为你完全不信任的案件辩论。有时你还会胜诉。

但是通常情况并非如此。

一般情况下，你不相信一起案件你就不可能胜诉。通常，要当好一起案件的律师，最有效的方法就是相信你的案件。

不要认为这是要求你为了有效地代理案件而试图表达并不存在的信仰。

正好相反。

肢体语言的真正作用是违背内心的感觉。约翰·斯特凡诺在其《肢体语言与说服技巧》（John Stefano, *Body Language and Persuasion*, 3 LITIGATION, No. 4 at 31, 54 (1977)）中说过：

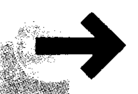
另一方面，如果你不知道你正在干什么，或者你怀疑你所做的事，再或者你担心泄露你的真实感觉，你的肢体和声音将背叛你，不管你如何努力去控制它们。

那么，第一步就是构造你的案件，让你自己相信它。我们关心的是，律师的可信性是如何超越案件中单纯的信仰。重点是律师的可信性是怎样与出庭技巧的所有层面相关联的。

“这怎么影响我作为一名律师的可信性的？”这一问题能很好地审查你在整个庭审过程中的行为。

当然，你听说过这样一个警告：不要在开庭陈述中承诺太多。这样做的一个危险就是，陪审团会真的认为他们必须相信你所承诺的所有事情，来作出对你有利的裁决。

可能还有更好的解释。毕竟，法官审程序中的一名法官不太可能会误认为每一个经承



诺的事实就是案件的构成要件，而且，在审判中向法庭夸大预期的证据是危险的。

为什么？

你的可信性。

当你说出了预期的证据而又没有实际提出的时候，你的案件就危险了，虽然严格来说从一开始该案件就是无效的。你的可信性受到了质疑，同时，你的案件也受到了质疑。

主询问呈现出律师可信性方面的特殊症结。乍一看，这一说法有点让人迷惑，因为一个好的主询问律师不会徒劳地将证人所说的话强加给自己。如果是一名准备充分的好的证人，主询问者应该表现出完全的低调。

那么，怎么会有律师可信性这一问题呢？

演戏剧的人将这一问题称作重塑第一印象的挑战（the challenge of recreating the first impression）。显然，你知道（我们希望）主询问中所有问题的答案。所有人都知道你花了很多时间为出庭做准备。没有任何事情——几乎没有任何事情——是意料之外的。

问题是，如果你对证言不作任何回应的话，总有一些不自然。你必须回应证人证言，就装作你是第一次听到这些证言。这并不意味着你要去表演学校学习怎样成为一名出庭律师。与此相反，任何试图故意做作的行为都会阻碍辩护的进行。取而代之的是，你必须像一个普通人一样自然地回应你所听到的证言。

那么最好的方式是什么呢？

听答案。

欧文·杨格（Irving Younger）已经告诉过你，怎样在交叉询问中听证人的回答，以避免遗漏一些意想不到的事实。

为了让你的回答正常化、有人情味——而不是某些不吻合庭审现场状况的东西，前人已经告诉过你怎么样听取证人在主询问中的回答。

随着你开始习惯于思考你的可信性问题，加上一些关于出庭行为的标准建议就是锦上添花了。为什么对法庭恭敬如此重要。那些尊敬公认权威人士的律师们，更有可能被认为有可信性。当然，也有例外，就是在律师必须攻击权威的情况下，但这种情况少之又少。

公平对待你的对手很重要，为什么呢？一个显而易见的规律是，举止得当的人让陪审团感到更自在，因而更有可能卓有成效的代理案件。但是这一点甚至可以延伸得更远。敌对情绪会使你表现的好像隐瞒了什么事情，这一信息将对你的可信性造成伤害。

遵守标准的法庭规则。引用你提交的文件的一部分，提交物证之前向对方展示。这些行为不仅看起来公开和适当，还让当事人没有机会提出反对意见——你企图不让他看证据就将它们提交给法庭。

上述法庭规则还表明了另一个相关点。

几年前，俄勒冈州的罗伯特·E·琼斯（Robert E. Jones）法官进行了一个非常有趣的非正式调查。他想知道陪审团最喜欢什么，以及他们最喜欢听审中的哪些方面。

陪审团最不喜欢的是法官会议（bench conferences）。

这不算是意外发现。毕竟，如果两个人窃窃私语，很明显他们就是在排斥你，你不会高兴的。

当律师们参加法官会议时，对于陪审员们来说，很显然这就是为了排斥他们。他们会生气也是很自然的。

对你而言，这意味着什么呢？

如果能避免，就不要申请法官会议。申请法官会议表明，你要隐藏什么事情。

相反，通过申请审前证据排除动议来提前解决证据方面的问题。要想与法官讨论事

情，就在法官室或者在休庭期间，不要在庭上申请与法官商讨。

当然，有些时候，申请法官会议是唯一可能的救济方式。但要注意，每次你申请法官会议，都有可能害及你的可信性。

这一点可以走得更远。避免不必要的反对。你的每一次反对，都伴随着一个风险：看起来，你企图对陪审团隐瞒一些重要的事实。

然而，通常的情况是，提出反对意见都有一个很好的理由。如果陪审团理解你的反对理由，他们就不会认为你是企图通过打断技巧对他们隐瞒重要信息。

问题是，如果你转向陪审团，在审判的中途开始解释一些事情——用电影中的方式，用不了多久你就可能被指控藐视法庭。

另外，没有哪条规则要求我们提出令人无法理解的反对意见。让陪审团理解对法官提出的反对意见是可以办到的——也是完全适当的。

举个例子，典型的反对可能是："反对，法官大人，对方律师的问题引入了不可采的传闻陈述。"

在大概同样的时间内，律师也可以这样说：

"反对，法官大人，陪审团无法辨别庭外人说的话是否为真，这是传闻。"

就是这样。在 5 秒钟的时间里，传闻规则的理由被揭示了，因而这种自然的辩护技巧也不会看起来好像是为了隐瞒事实。

显然，该技巧也有其缺陷。第一，有些法官对"演讲式反对"（speaking objections）不以为然——在一些司法辖区这是种不好的流行做法。显然这是回应某些律师利用反对拖延陪审团评论。第二，并不是说每个反对都会被陪审团理解。如果反对意见是会激怒陪审团的对暴力画面的评论，那么还是避开他们为好。第三，如果反对是即兴提出的，没有丝毫准备，那么它几乎不可能被陪审团理解。反对是一种语言习惯，需要提前准备，这种准备当然会得到回报。

在结束反对之前还有一点。一名关注自身可信性的律师会避免在一开始问可反驳的问题。如果你的行为遭到连续的反对，陪审团可能会认为你是故意违背规则。其连锁效应就是反对会损害你的可信性——即便这种反对它也会损害反对一方的可信性。

如果你严肃对待你的出庭辩护技巧的话，你一定已经思考了交叉询问的问题。交叉询问引起重视，部分是因为其所具有的危险性。当我们不知道问题的答案时，我们的提问会小心谨慎，让证人解释，提问原因，把一个问题问得太过（ask one question too many）。

其实我们不知道的危险是不诚实的攻击（dishonest attack）。这应该是交叉询问的首要准则。不要进行不诚实的攻击。

为什么？

就是律师的可信性。

"但是，等等，"你会说，"我不想被看成傻子，但是我不懂，你说的'不诚实的攻击'是什么意思？"

问得好。最好的例子是一个最古老的专业方面的故事。是关于一个应该询问证人的律师的（在证人承认了一系列他没看到的事实之后），他说："如果那都是真的，你为何说被告咬掉了受害人的鼻子？"

回答是："因为我看到他咬掉了受害人的鼻子。"

一百多年来，权威专家们告诉我们，那就是我们在交叉询问证人时把问题问得太过的情形。

骗子。



这是一个不诚实攻击的例子。

假设我们重新审判这个案子。交叉询问者已经被嘲笑了一百多年，现在他有机会避免将一个问题问得太过。而且他也确实这么做了。现在陪审团离席了，同时他们也得到了一个讯息：证人不可信，因为他并没有看到声称的事实。

那公诉人再主询问时，首先问的问题是什么呢？

问：如果你没看到被告的行为，为何你说他咬掉了受害人的鼻子？

这并不是问得太过的问题——只是不诚实的交叉询问，这种不诚实的交叉询问源于错误的案件理论。

正当防卫可能是个更好的方法。

那么，什么是不诚实的攻击呢？就是可以被披露为不正确的、误导的或者不真实的陈述。任何时候，不诚实的攻击被披露，攻击一方的处境比没有作出攻击之前更糟糕。

接下来，阅读你自己的询问草稿是件痛苦的事情，特别是你想要找寻好的语法结构，而这几乎总是出力不讨好的事情。

幸运的是，大多数的法庭报告中删去的也只是一些诸如“呃”和“啊哈”这样的小的语言瑕疵。另一方面，他们倾向于保留一些冗长的、累赘的句子，如“让我来问你一个问题”，而这句话大概被他们翻译成：“我正在考虑另外一个问题。”

一个最危险的习惯就是，对证人在交叉询问中回答的每一个问题作出“好”这样的回应。如果你那样做的话，那你的意思就是：“我已经听到了，也理解了。”

然而，危险在于，一些陪审员可能将你的“好”的回应理解为“接受”的意思。这样做，从最好的方面看，像是一对相互交错的信息，一个信息是攻击证人，另一个则是接受证人说的话，而从最坏的方面说，陪审团会相信你，认为证人说的话是真实的。

总结陈词是律师可信性受到关注的另一个庭审部分。一个精心选择的类比有助于说服陪审团。如果类比以你的背景信息为基础，它可能会让人感觉可信。适当的类比很有用。

另外，要确保类比适合你的案件，不至于被对方所用反对你的陈述。如果你打算使用类比法，只要在总结陈词中用一两个就好了。这样做的原因是，隐喻和类比作用来得快，看起来是油腔滑调，因此会削弱而不是在增加你的可信度。

另一个危险是阅读总结陈词。阅读一份辩护词或陈述，其问题之一是，它几乎无法再现你写这些话时的情绪，结果，给人的感觉是整个案件很虚假。

凯斯西储大学戏剧学系（Theater Department of Case Reserve University）的前任主任肯尼斯·A·阿尔伯斯（Kenneth A. Albers）曾联合执教一个出庭辩护技巧的讲习班，他专门教授交流技巧方面。阿尔伯斯先生告诉学生们：

作为一名陪审员，你读事实的方式我是能接受的。你想保证你没有遗漏细节，你看起来很认真，力求准确。

但是，当你想解释这些事实时，情况就不同了。如果你的评论来自一些你写下来的东西，我觉得你对自己说的话没有自信。

最后，要在法官和律师群体中赢得严谨和诚实的名声，同时要让人觉得你熟知法律，这些名声价值连城。法官有时被称为第十三个陪审员，不管地方规则是否禁止法官评价证据的证明价值。如果法官认为你是诚实和公正的，在整个庭审过程中，这种信任感会以某种微妙的方式影响着陪审团。

第 21 章 将委托人个性化

对于你所代理的这个人，你最想让法官和陪审团知道他是什么角色呢?

他就是付给你律师费的人?

那叫他你的“顾客”吧。

被指控犯有刑事罪行的人?

那叫他“被指控人”吧。

是案件的一方当事人并享有特定程序权利?

那叫他“原告”或者“被告”吧。

然而，你所代理的这个人是个实实在在的人，有意识和情感，记忆和期待，义务和责任的人，他有基本的人格尊严，这个世界上有他的存在之地。如果你想让法官和陪审团理解这些，那就考虑直接叫他的名字。

实际上，心里想着“个性化委托人”是个很不错的开始。

叫委托人的名字怎么样呢——不仅叫他的姓，而且叫他的名。

在《出庭辩护之道》(Alan Morrill, *Trial Diplomacy-Selected Text* at 4—5 (Court Practice Institute 1973)) 一书中，艾伦·莫里尔建议，你可以叫任何人的名。

可能是吧。但是，并不是每个人都愿意叫当事人的名。此外，有些场合下，称呼当事人的名显得格格不入——甚至是彻底的冒犯。

其次，更重要的是，有人甚至听说过有些初审法官不允许律师在争议性的听审 (contested hearings) 中直呼委托人的名。

当然，如果有地方性规则，你必须遵守 (除非你成功地改变了该规则)。假设没有规则禁止直呼名，你应该用名来称呼委托人，要留意一些出于良好意图的合理限制。

一般情况下，以叫委托人的全名来开始审判是明智的做法——如，“罗纳德·卡尔森先生”。随着审判的进行，你开始叫他“罗纳德·卡尔森”或者“罗恩·卡尔森”。最后干脆直接叫他“罗恩”。

这种自然地递进方式有助于陪审团形成这样一种感觉：他们渐渐熟悉了某人，而不是突然将这种熟悉感强加于他们。

那样做有用吗?

亨利·罗斯布拉特 (Henry Rothblatt) 在纽约的一个研讨会上做演讲，他讲述了一个他在马里兰州东海岸分校 (Eastern Shore) 代理过的案子，该案中，这种渐进式的熟悉方式非常成功，陪审团作出裁决时，主席宣布：“我们认为博比*无罪。”

但是，当你的委托人比你年长时，直呼他 (或者她) 的名可能是错误的做法。特别是

---

* 博比 (Bobby) 是罗伯特 (Robert) 的昵称。——编者注



当某位陪审员认为你通过叫委托人的名来故意贬低他（她）的身份，或者是为了贬低某些种族群体——不管你在庭外与你的委托人关系有多好。

关键是，不要暗示某人在讲话中使用了肤浅的双重标准。相反，好的诉讼律师要对他代理的案件所处的社会环境敏感，并学会以不冒犯的方式有效地表达自己。

关于称呼委托人的名字，除了年龄、性别和少数民族身份状况外，还有其他要注意的地方。有一个几经确定的原则就是，绝不能做与你的案件理论不一致的事情。你想要陪审团对你的委托人产生什么样的印象？这个问题的答案只能从你的案件理论中的有利观点中获得。对这个问题的回答，会帮助做这样一件事：根据你所代理的人的周围环境来选择称呼的正式程度。

运用姓氏的技巧可能会被做过头。有些辩护律师打算表现出他要称呼原告的姓。如果攻击对象沉着冷静地进行反驳性辩论，这可能成为危险的攻击（不管是哪一方作出的）：

当然，我用他的名字来称呼约翰·米利肯。因为被告的卡车撞了他的汽车后他联系了我，约翰和我已经花了几百个小时在一起研究案情，为出庭做准备。因为我们都知道被告将试图否认他对其引起的撞车事故的责任。

想想我们在一起度过的时间，如果我不熟悉约翰，不喜欢他，不直呼他的名字，那可是相当奇怪的事。

注意，由于对方开了门，那些原本不可采的不适当评论被采纳了。

以法官和陪审团第一次看到你的委托人为例。可以肯定的是，法官可能会提及（introduce）律师和当事人，以及在预先审查程序中的所有人，但是那几乎都不算数。

律师介绍委托人最典型的方式是什么？像这样：

先生们，女士们（随意指向法庭的另一边），本案中，我的委托人（你了解得更多了）就是坐在律师席上的那个人。

该方式无所不能：

先生们，女士们，我想让你们知道汤姆·瑞德，就是他在过马路时被被告闯红灯的卡车撞倒（他一边说一边走到委托人就座的位置）。汤姆，你能站起来吗？（瑞德站了起来——之前已经告诉过他，站起来时要全身起立——而不是仅让背部离开座位一两英尺——看着陪审团）先生们，女士们，他就是汤姆·瑞德（然后转向委托人）谢谢你，汤姆。你可以坐下了。

除了教你的委托人在被介绍时如何站起来，还要告诉你们另外一些规则：

- 每次法官进出法庭时，完全起立。陪审团总是在观察律师和当事人，即使法庭礼仪方面的一些不经意的小失误，他们都要计较。
- 在遴选陪审团时，把你的椅子转个方向，正对着陪审团小组。在许多法庭中，遴选陪审团时陪审团是从陪审席后面出来的，背对着他们是不对的。
- 如果在庭审期间你要告诉我什么，就写下来。我会给你一个标准纸板和一支铅笔。除非万不得已，千万不要对我窃窃私语。窃窃私语看起来很奇怪，如果我们相互耳语的话，陪审团会认为我们是在捏造某些证言。

对这些准则有疑问吗？电视和电影貌似总是呈现律师和他们的委托人之间的窃窃私语，不管喜欢与否，我们总是下意识地模仿电影。如果你有对委托人窃窃私语的冲动，要克制住。

几乎每名律师都知道奥诺雷·杜米埃（Honore Daumier）画的漫画：一名律师在对着委托人耳语，而委托人正在掏自己的口袋。下次你看到那幅图画时，试着想象一下律师在说些什么。

如果你真的想表现得不体面，就对着委托人耳语，同时眼睛看着庭上的其他人。

还有其他的当事人要遵守的准则，尤其是关于主询问和交叉询问中怎么回答问题。但是，大多数规则都是关于证人准备的，到我们讨论证人准备时再说。这些指导原则应该包括回答问题时直接看着陪审员的眼睛，而不是你的眼睛，以避免看起来委托人想让你告诉他怎么回答，而不只是为了从别的事物上寻求宽慰。

接下来是着装。

一般情况下，所有的律师都知道，他们要谨慎为委托人着装。比较好的做法是，在开庭前一天或者前几天让委托人（同样适用于证人）穿着打算在庭上穿的衣服来到办公室，这样的话你可以做一些适当的调整。

我给你们留一个问题：是否选择黑色和 V 字领的衣服。据《美国律师协会杂志》（*ABA Journal*，Vol. 66，NO. 1，at 21（1980））报道，黑尔·斯塔尔（Hale Starr）的建议是，商业证人和专家证人应该穿“质地好的、代表诚实可靠的棕色衣服”。

对于珠宝要特别注意。迈克·施密特（Mike Schmidt）建议，即使在得克萨斯州的达拉斯，男人和女人也不能戴任何珠宝首饰，结婚戒指和手表除外。那就意味着，去掉其他的戒指、别针、手镯、项链和其他饰品，除了一些不属于任何类别的市民组织的翻领别针。

努力让你的委托人引人注目和衣着得体是值得的。广为引用的米歇尔·J·萨克斯和里德·黑斯蒂在《法庭上的社会心理》（Micheal J. Saks and Reid Hastie，*Social Psychology in Court*，150—60（Van Nostrand Reinhold Co. 1978））一书中的许多研究结果表明，吸引力本身具有独立的重要性（attractiveness is important “ on its own”），有吸引力的个体被认定有罪的几率要小，而其较少被判处重的刑罚。与此相似，相比于那些被描述为“冷酷的和不近人情的”人相比，“可爱和有亲和力的”人更有可能得到宽大的处理。

到现在为止，我们的建议是：律师要用委托人的名字，确保他们穿着得体，花点时间恰当地介绍他们。这些小技巧（little touch）会产生多大的效果，令人惊奇。但是，如果你注意到的话，这些小技巧还没有完全地向陪审团展示你的委托人。

假设你想传达总体的印象，即你所代理的是一位正派的人，他值得人们的信赖。既然你根本无法在某一时刻转向陪审团对他们说：“看这里。我代理的这个人是一个正派的人，他值得你们的信任”，那么你必须想想其他方法达到这一目的。

答案是，如果你无法用说的方式传达，那就用做的方式。如果你表现的好像你的委托人是一个凶残的谋杀犯（ax murder），那你传达的可能就是那种印象。另外，如果你相信你的委托人，那么你应该像长辈一样将胳膊放在他的肩膀上——尤其是在刑事案件中，就像是在安抚被告，保护他免受错误的指控。

换句话说，如果你相信你的委托人，就不要害怕接触他（或者她）。当然，这显然是理想的情形。就像叫名字一样，你应该考虑所有用意良好的法律规定，还要考虑你和委托人之间的关系。

告诫：不要造假。如果你造假，结果会事与愿违。一些下意识的肢体行为（body set）、表情和动作会泄露你的计划，陪审团会认为你不真诚。

还有一个小技巧，简单睿智，卓有成效。俄亥俄州克利夫兰的克雷格·斯潘根贝格（Craig Spangenberg）在凯斯西储大学法学院的诉讼论坛（The Litigation Forum）上演示一个开庭陈述，他使用的就是这种技巧。

开庭陈述后的一两分钟内，斯潘根贝格似乎不能确定一个小细节——他的委托人打算在便利店里拿的一个小东西：

他打算拿一些冰激凌，给孩子拿一些苏打水，还有，呃，我现在忘了……

就在30秒后，斯潘根贝格又中断了思绪，面向他的委托人，用手指着他，说道：

哦，对了，我现在想起来了。你还打算拿1夸脱牛奶。

他的委托人立即点头以示同意。斯潘根贝格非常满意，他转向陪审团，继续他的开庭陈述。

怎么了？

委托人违背宣誓作证或者未经宣誓说话吗？

没有。

克雷格·斯潘根贝格在陈述他的委托人的案件时表达了他的个人信仰吗？

没有。

然而，这种人际关系处理（interpersonal transaction）的全部反映了这个律师对他的委托人抱以完全的信任。他就是依靠委托人来确证一个事实的。

这传达的信息是什么呢？这个人你能够信任。

所以可以通过着装、介绍、名字和一些表明你是个可靠人的信息来个性化当事人。“但是，等等，”你会说，“一定还有其他的，肯定不止这些。”

说得没错。

现在为止，我们讨论的只是一些先决性的问题。当我们真正着手案件的辩论，你要怎么样描述你的委托人呢？当他作证时，你要让他怎么表达自己呢？

显然，陪审团对你的委托人的了解仅限于证据规则的规定。但是不要让证据规则成为你的麻烦。首先，合理程度的证人个人的背景知识都可以被提出来，这很重要，因为能让陪审团了解向他们陈述的人。在法庭自由裁量的范围内，某些时候法官会允许当事人用更多的时间陈述这种背景信息。

其次，个人信息如果演变成了怜悯的请求，这可能导致不利的后果。

很好。根据相关性规则，你会怎么选择？

再回头看看案件理论，然后迅速跳到艺术博物馆。

比如，在一起个人伤害案中，原告的一只手失去了活动能力，这对他产生了很大的影响，因为他曾用这只手在星期日学校（Sunday school）为孩子们弹钢琴。但是如果你代理的是一个被指控有过失的司机，对这有限的背景信息（通过暗示的方式，说明他很难找到一份工作），你的处理方式可能会有所不同：

问：苏里文先生，你能告诉我们你以什么为生吗？

答：我是一个卡车司机，在斯姆普拉克斯卡车公司工作。

问：你做司机有多久了，苏里文先生？

答：我的一生——自从我18岁以后。让我算算——大概20年了，到今年11月份我就38岁了。

问：你是否在其他公司工作过，汤姆？

答：没有，先生。司机是我唯一的工作，也是我唯一的技能。

不要以为只有个人伤害案才会使得个性化诉讼者的细节正当化。在一起专利侵犯官司中，发明者主张侵权人在他的地下工厂（basement workshop）工作了5年，其工作是完善发明。在这种案件中，个性化诉讼当事人重要吗？在一起建筑合同纠纷中，原告15年前白手起家成立了一家公司，这样的案子中个性化当事人有用吗？

当然有用——如果它符合案件理论的话。

除非在不寻常的案件中，花那么多时间个性化细节特征并不值得。因而，你必须让这

些细微的信息发挥很大的作用。毕加索曾经画过只有一条线的画，但是效果斐然。那条线看起来像是一个优雅的弯曲的字母J，顶端没有横线。

你自己试试。在你写字母J的竖线部分时，先小心往左边弯曲，然后再在J的底部画出大的曲线。如果这么做的话，那就不是毕加索的画——明白无误，是一个女人的臀部。

这个例子说明的是，挑选的委托人的细节特点要能反映你想要传达的观点，是一门艺术。它们不会都像画毕加索的直线那样，但是，若用心思挑选的话，会对案件产生影响。

“好，”你说，“但是这些都不适合我。我一般代理虚拟的委托人——公司。相信我，如果你认为你可以个性化我的一个委托人……”

正是由于这样的观点，许多辩护组的成员对代理原告的对方律师妥协，放弃了他们的创新想法。

你能个性化一家大公司吗？

让我们举个具体的例子。

假设你代理世界上最大的面包房——ITT大陆地区面包房。那时我为一个大型的、非个人化的公司服务。

现在，假定有私人指控，它们以违反反垄断法的方式占据市场份额。在这个案子中，你能个性化这个委托人吗？

这正是帕特里克·E·希金伯特姆（Patrick E. Higginbotham）面临的问题，现在，联邦上诉法院的一名法官在第五巡回区审判。

解决个性化委托人的问题，出发点是案件理论。希金伯特姆的基本观点是，ITT大陆公司通过成功的销售——而不是违反反垄断法的方式，成为世界上最大的面包房。

选择谁作为公司的代表人坐在法庭的律师席上呢？希金伯特姆拒绝了纽约地区所有年轻、阳光的主管。

他最后选择的是一个身材高大、红脸膛、笑嘻嘻的爱尔兰人，而且“双手长得就像魔兽世界里哈姆霍克斯的一样”——他的事业始于向亚拉巴马地区的商店配送面包，他的业务已经发展壮大。在开庭时，此人已经是密苏里州地区的销售经理。他是一个销售员，知道如何销售面包，做一个开朗、外向的人，喜欢他们的顾客，送货及时，帮助解决特殊问题，处理变质商品——销售员为了使商店成为好的储存架区所做的一切工作，并卖出大量的面包。

他不是那种能够用数据和图表解释成功销售理论的人——如果必要的话，其他证人可以这么做。

他是一个靠这种理论吃饭并做得很成功的人。

希金伯特姆观点很好：作为公司的代理人，并不意味着你的委托人就不能被个性化。虽然这可能是一个很大的挑战，但是，就像让普通人看起来更真实一样，这种努力是值得的。

第22章 关于陪审团遴选的理论

“问题是，我不认同大多数律师进行的陪审团预先审查。”安格斯说道。

“但是，那正是我要进行讨论的原因所在，”我说道，“我认为更多的律师应该了解安格斯遴选陪审团的方法。”

我正在组织一群人成立一个律师协会培训项目，并试图让安格斯也参与其中。

“实际上我很喜欢这个组织，”安格斯说道，“但是，当然，我并不是说对于如何遴选陪审团我有一整套理论，只是有一些想法——好，是原则——我觉得这些想法很重要，应该会帮助人们有效的遴选。”

培训项目开始的那一天，安格斯出现在了培训中心，拿着一大堆给每个人准备的一页纸提纲。以下就是那个提纲，还有我在他演讲时做的笔记。

1. 律师在挑选陪审团，陪审团也在挑选律师

不要认为所有的陪审员只是坐在那里，像蘑菇一样静静地生长，由你决定选谁。除了要卖力地回答你的问题，对于当事人、案件、法官，特别是律师，他们要形成初步的印象。

他们知道争议事项至少有两方，他们也意识到，他们的大多数指示来自一方或另一方——或者双方——的律师。

2. 成为可信任的指导者

你想成为他们挑选的带领者：带领他们穿越案件中丛林密布的事实和法律。只有他们理解了你说的话，他们才会信任你，认为你是诚实的、真诚的人，认为你不会向他们兜售诉讼账单。

注意一点。大多数陪审员最害怕的一点就是：某些诡计多端的律师会将他们引入歧途，他们与邪恶力量为伍，颠倒是非。

3. 你必须赢取你在法庭上的信用

陪审员们希望做对的事，他们一到法庭，就对律师报以不信任的眼光，对法律持怀疑的态度。他们认为，法律一般是技术性和逻辑性的，是有违常识的（flying in the face of the common sense)。实际上，在最近的一次全国性调研中发现，70%的调查对象都认同这样一个观点：庭审就是一场“道德秀”，做道德上善的事情比做法律上对的事情更重要。换言之，10个人当中有7个人认为，如果法律阻碍他们做出他们认为正确的事情，他们宁愿无视法律。

同时，也正是他们，将承诺，他们会真诚地遵守法官的指示（即使他们理解这些指

示，也有可能不遵守）。

陪审员们对律师的看法是相似的。他们确定地以为，我们律师穷尽一切办法使用误导性问题和花言巧语的评论。在另外一个调查中，73%的调查对象或多或少地不同意以下观点："大多数律师从未对陪审团说谎。"

以上事实说明，你必须赢取你在法庭上的可信性。可信性不是从天而降的。

那么你该怎么做呢?

- 被陪审团理解。有种观点认为，最能阐明事实（make the most sense）的律师会胜诉。这一观点在很大程度上是正确的。
- 不要像律师一样说话。你的话听起来越是技术性和模糊性，他们越是怀疑你的真诚。你必须抛下法律的框框，重新学会像一般人一样说话。
- 不要像叫卖商一样，在陪审团还不知道你的案件之前，你就在那里自顾自地大书特书。
- 不要逼迫陪审员承诺或答应，他们在不同的情况下会作出怎样的决定。人们不喜欢在还不知道可选择的路径之前就被束手束脚。
- 表现出真实和理性，不要试图粉饰（sugar coat）你这一方的案件。
- 表现得坦率、简洁、开放，善于接受别人的意见。

4. 你是案件最重要的证人

你必须成为陪审团能够信任的引导者——否则陪审团不会相信你说的话，甚至不相信你传唤来的证人。

但是，你不只是一个引导者。从实用的角度看，你是一个证人，庭审过程中的某些时候：陪审团遴选、开庭陈述、交叉询问和总结陈词——你要作证。

你说，等一下，法庭并未允许举起你的手宣誓，你也没有站在证人席上陈述证词，你怎么能是一位证人呢?

因为，当你在预先审查程序中向陪审团透漏一点案情的时候，他们从你这里得到了事实。虽然那并不是严格意义上的证言，但是从心理学的角度看，它确实发挥了证言的功能，而且这也是一个传达信息和创造持久印象的好机会。

5. 对你的案件进行一场栩栩如生的简介

除了得克萨斯州的一些法院，你不大可能有机会在陪审团遴选程序中进行一场别开生面的陈述。但是那不意味着你说的话无关紧要。预先审查程序差不多相当于审判中你要在白纸上写东西，所以你希望留下深刻的印象——不是通过评论案件的方式。

为什么不能评论案件呢?

因为，在评论你的案件时，你并不是一名证人，你是一名律师。你不是呈现事实，而是表达观点——你对案件的看法。从这一方面看，你还没有权利告诉陪审团你的观点，更别提叫他们形成怎样的看法。

不是你挑选陪审团——是他们为你而挑选。你所要做的全部事情就是，与他们交流，然后决定（以这种或那种理论）谁更能让你担忧。你要对有些人提出无因回避。

大多数的情况是，我们没能发现我们的决定正确与否。（那可能也是正常的现象。几年前在芝加哥进行的一个调查表明，许多检察官和被告人认为让陪审员回避与刑事案件呈"负相关"（negative correlations）。也就是说，有些被告人排除那些会作无罪决定的陪审员而保留那些支持有罪判决的陪审员，而有些检察官的做法则相反。）

那么，如果你手上有很多无因回避（peremptory challenge），而你并没有挑选任何陪审员的话，除了简要介绍案件并问一些有助于决定排除谁的问题以外，你还能做什么呢？

该问题的答案就是整个预先审查程序的目的所在。

6. 不要自己打自己嘴巴

这种事情每天都会发生。一个非常严肃的年轻律师——我们将他称为欧内斯特·德罗纳——站在全体陪审员面前，用写在法律纸板上的问题成功完成了陪审团召集令（work his his way through the venire）。

他专注于纸板上的笔记，关心的是列表上的下一个人是谁。

“马克斯尔夫人（Miss Maxell），”他说道，“我想让你回答一些问题。”“不好意思，”她回答说，“我的名字是马克斯韦尔（Maxwell）——中间还有一个‘w’，应该读成‘马克斯’、‘韦尔’”。

“哦，是的，”德罗纳说，“谢谢你，马克斯尔夫人。”（在纸板上写的时候，他又犯了同一个错误，但是仍然没有任何眼神接触。）“现在，我的问题是，如果你被选做陪审员，对案件审判结束时默多克法官将作出的有关怎样裁决的指示，你保证服从吗？”

“当然服从。”有点生气的马克斯韦尔夫人说。

“如果让你来纂写法律的话，你将指定完全不同于默多克法官的指示的法律，这样你还会遵守他的指示吗？”

“是的，会遵守。”她说道。

欧内斯特·德罗纳自己打了自己多少次嘴巴呢？至少六次。

- 没有眼神接触。
- 完全忘了矫正他对名字的发音。
- 当他就陪审员出席的正当性做笔记时，他把陪审员当做实验室里的动物或者培养皿中的生物。
- 当他说“如果被选作陪审员”时，他传达给马克斯韦尔夫人的讯息是，可能她还不能胜任此任，将由他来决定是否合格。
- 他迫使马克斯韦尔夫人承诺遵守指示，这毫无意义，只会惹得她不耐烦。
- 他传达给马克斯韦尔夫人的有关案件的潜在信息是很糟糕的。他问她即使她不喜欢但是否会遵守法律。实际上他说的是：“马克斯尔夫人，你将不喜欢我们的案件。为了作出对我们有利的裁决，唯一途径就是遵守一些古老的规则，而你会发现规则是相互矛盾的。”

站在陪审员的立场想想。要理解，他们被挑出来，被一个陌生人问及一些个人信息，这让他们感到很不舒服。

当然，提问是你必须做的事情之一，是你的职责。但至少你要考虑如何问，并对答案怀有兴趣。

不管你如何挑选陪审团，一定要确保你考虑了每一个人。感觉被忽视的陪审员不会对你有好脸色的。

7. 每个人都是有偏见和先入为主的

这并不意味着每个人都是偏执的、狭隘的、敌对的和不公平的——尽管当今社会不乏这样的人。

这并不意味着每个人——包括你所知道的和善的、公正的、很有思想的以及思想开放

的人——都是有偏见的和先入为主的。

就把这些特点当作是折射人生经历的态度吧，如果这样称呼会令你感觉舒服的话。每个人都有剧本——个人故事——价值观——经历——他们用这些剧本从新的情境中总结道理。

从类比的角度可以推出，人们用内心的脚本（inner script）来解释事物，推测矛盾如何出现、处理他们遇到的情况。

人们用内心原则（inner scenarios）评价发生的事实，但是他们并没有意识到这一点。他们利用内心原则解释事实发生的原因，人们的行为方式，某人是否说了实话，某人主张的事实是否确实如此，或者到底有没有发生。

然后，根据其他习惯的整套理论，人们寻找某些明显中立的原则来为他们的决定提供正当性理由（而这正是法官作为职业的“决定作出者”毕生的工作）。

“公正和无偏私的陪审团”只是司法的梦想——一直以来我们都依靠这一幻象来使整个决定过程看起来更合理。

虽然我们确实没有无偏私的陪审团，但是，只要我们为双方当事人保留排除有利害关系的人的权利，这也没关系。那样的话，我们就能平衡这种随机挑选所产生的曲解，因为只是从小部分人当中挑选。与只有一个裁决者——法官——相比，6 个或者 8 个，或者 12 个陪审员更能让你窥见主流的态度（a cross-section attitudes）。

8. 不要以为你能说服一名陪审员改变他的观点

在全美国，每一天律师们都在进行这样一件事。他们认为他们能让本来有敌意的陪审员相信他们的案件，可以通过一些试探性的问题（probing questions）或者三个措辞优美的句子获得他们的信任。

我们凭什么认为，用一些问题和简短的介绍就能颠覆这种毕生的知识和情感习惯（intellectual and emotional toilet-training）呢？你的法学知识使你具备这样的能耐吗？

那就是发生在陪审团身上的事情。你攻击他们的观点，而他们自己并不会摒弃这些观点。他们将忠于自己的想法而拒绝你表达的观点。

这是否意味着你应该在预先审查程序中忘掉他们所持的偏见呢？

当然不是。你在预先审查程序中的核心工作是，学习陪审团的内心原则（inner scripts）原理。不要试图改变他们的想法。

有时需要违背以上原则。有时会出现以下情况：你和你的委托人独自为战，对抗非正义时，这时唯一的希望就是诉求人的好的自然天性（better nature）。这是一项艰难的事业，因此，一般情况下，我们都通过一系列的回避请求或者管辖权异议来避免诉求人的自然天性。

9. 你不能从数字中推理（reason down）

陪审团调查会提供给你很多有关地方态度的信息，那将有助于你形成案件的争点。比如，你可能发现，在你这个地区，有 65%的未来陪审员不信任你代理的这个大公司。

这就告诉你，你要对一个严重问题引起重视：你的可信性。你可以做一个特殊的问卷调查，这有助于找出哪个陪审员有这种态度。

但是，这个调查结果并不意味着，65%的人——你对话的 18 个人中有 11.7 个人——有这种态度。可能是所有人，可能没有人，也可能是介于中间。当你做了一个可靠的调查时，你可以自信地将这些数字适用于大的群体。但是群体越小，数字越不可靠。

10. 要问，不要说；要听，不要讨论；要感觉，不要思考

美国律师学院协会（American Inns of Court）的主管在一个中东部的大城市演示了一场巧妙的陪审团遴选技巧。

大部分时间都是律师在说话，陪审团除了偶尔回答是或者不是以外，没有任何话语。

演示结束以后，关于应该排除哪个陪审员，他们进行了激烈的争论。讨论进行当中，有个律师说道，既然陪审员们几乎没说话，没人知道他们对案件的看法。

律师主导讲话是一个自然的趋势。

当然，预先审查中你有一些重要的事情要做。在你最初的事实简介中，你需要介绍案情和委托人。你可能需要引入一些大家都应该理解的关键观点。但是在陪审团最终说话并发布裁决之前，这是唯一一个你能让陪审团说话的机会。

但是，你如何让他们开口说话呢？

提问。争取让每个人讲述一下他们的简单情况。他们喜欢做什么，他们生活中重要的事情是什么，喜欢读什么书，看什么电视。

把你对案件的担忧讲给他们听，邀请他们作出回应。问问他们认为的案件的关键争点是什么？他们是否认为该地区诉讼太多？

如果你代理一个在事故中受伤的摩托车手，就问问他们对摩托车和摩托车手的看法。

如果你代理一家电力公司，问问这家公司是否对他们做过以下事情：填错账单或者不适当的停电。

要让他们知道，就以上事情表达看法是正当的。

什么？你认为应该停止问这些问题，以免有人说出电力公司不好的方面？与其等到他们走到评议室将这些不好的想法写进裁决，不如现在就让他们说出来，你也好发现问题。

鼓励他们用“感觉”、“反应”和“回应”这样的词来表达他们的情感，不要用“认为”、“推理”或者“分析”这样的词。你希望与他们的感觉产生共鸣，而不是他们的理论解释。

最后，如果做了以上事情，你还是没能挑选出陪审员的话，这些做法到底有什么好处？

除了告诉你如何行使无因回避权以外，你还要明白你讲话的对象是谁。只有这样，你才能知道如何代理案件，让案件对着决定他的人说话。

11. 力求简洁

许多陪审员觉得预审审查极端无趣，因而案件还没开始，就开始厌烦了。

那是我们的错，而且是不可原谅的错误。我们的律师在大多数联邦法院和很多州法院进行的预审审查程序是失败的，原因之一就是犯了这样一个错误。

我们可以采取一些措施做到简洁。利用调查问卷来加速这一遴选的过程。学会将陪审团看作整体，不要用同一个问题对每个人提问一遍。不要利用这一权利，在案件还没开始就进行评论，要知道在合理的时间限度内工作。

只有一个小时胜过没有时间。

第23章 开庭陈述的目标

安格斯在公文包咖啡馆的时候，塔克·菲利普斯拉出了一把椅子："安格斯，"他说道，"我有麻烦了。明天早上我要在沃洛普法官审理的法庭上作开庭陈述，但是我不知道怎么做。"

"我真正需要的，"塔克说道，"是样板文件里的一些基本指示——你知道的，就是在开始和结束时要说的储备性短语。我觉得这些短语本身应该没什么问题了，请告诉我如何开始陈述吧。告诉我应该站在哪里，说些什么。"

安格斯看了塔克许久，说道："对不起，塔克。我帮不了你。"

塔克大失所望。"为什么帮不了？"他问道。

"因为，'站在哪里，说什么话？'这些问题没有标准答案。"安格斯说道。

"哦，少来了吧，"塔克说道，"你不会要跟我说开庭陈述不重要吧？我才不信呢？"

"当然不是啦，"安格斯说，"开庭陈述是任何一场庭审最重要的部分之一。问题是，你把事情弄得乱七八糟。"

"你什么意思啊？"塔克问。

"首先，"安格斯说道，"如何开始开庭陈述和总结陈词不存在任何魔法引入语和结束语。实际上，你所听到的许多储备性短语都是弊大于利的。"

"其次，这些列举的短语并不是本身没有问题的。你如何解释它们完全仰赖于你的案件理论，以及你想在开庭陈述中达到什么目标。你的开庭陈述目标应该表明你要说什么和怎么说。"

"我明白了，"塔克说，"目标很关键。我的目标就是胜诉。"

安格斯的眼光越过了镜片，端详了塔克几秒钟。然后继续讲下去，我拿出了我的掌上笔记本开始做笔记，以下就是我的笔记：

浪费时间

首先，要小心传统的样板文件，比如：

1. *"这就是我们律师业所说的开庭陈述"*

其他人也是这么叫的。一般情况下，你不必告诉陪审团你将要开庭陈述了。通常的情况是，法官在你站起来之前就已经宣布了。说开庭陈述叫作开庭陈述有表现优越感的嫌疑，它解释了不必解释的事情。更有甚者，"我们律师"这句行话暗示了，你的地位在陪审团这帮人之上。

2. *"我所说的话不是证据"*

你说的话当然不是证据——因为你并不是证人（至少不是一般意义上的证人）。但是，

那并不意味着你要削减你的可信性，向陪审团暗示你的话不可信。陪审团明白你是案件一方当事人的律师，而且假定你们已经熟知你的案件。他们更愿意倾听你的陈述，除非是你让他们觉得他们不必这么做。那就是为什么在“这只是律师的行话”后面加上“我所说的话不是证据”这句话更糟糕。

3. “这个开庭陈述就像拼图包装盒上的图案”

与其他陈词滥调相比，这句话固然没那么糟，但没有任何帮助作用。这是在使用一个类比来解释不必解释的事情，可是这句话的关键是，这本是你向陪审团介绍案件的时候，而你在做别的事情。还不如这样开头：“我不太适应在公共场合发言……”

目　标

可能这些陈旧的短语最大的坏处是，它们浪费了开庭陈述开始阶段的黄金时间，而这段时间正是陪审团最容易接受观点的。不要搜寻被每个案件都拿来用的魔法语言，想想目标的问题吧。以下是所有陈述开头的重要目标：

1. 理解。虽然陪审团只听到了你的开庭陈述，但法官和陪审团应该了解了你的案件是什么。

2. 可靠性。你必须显示出你是信息和观点的可靠来源，值得他们相信和使用。

3. 认同。你希望法官和陪审团认同你的委托人，这样的话他们会从你的委托人的角度裁决案件争点。

4. 支持。你希望法官和陪审团支持你的委托人，那样他们就会寻找有利于你的案件的事实。

5. 冲击力。你的开庭陈述应该给人留下深远的印象，这种印象会影响他们随着案件发展看待证据的态度。

以上所有的点都值得讨论一番。

首先就是理解。解释案件是基本的要求。如果陪审团不理解你，他们就不大可能给予你的案件怀疑的利处。事实上，案件中最重要的证明责任并不是被称为证据“推进责任”或者“未能说服的风险”这样的学术术语。

是迷惑的风险。

不管理论上的证明责任是什么，每个案件都有很需要你澄清的点——否则陪审团将作出对你不利的决定。陪审团施加的实际任务是解释发生了什么事。比如，在一起刑事案件中，陪审团必须了解被告人做了什么以及为什么那么做——陪审团不理解的话控方就麻烦了。而在一起产品责任案件中，如果伤害似乎与产品性质或者其使用方式不相关，被告必须进行大量的解释，不管正式的法律规则是什么。

理解要求好的组织结构、简单的语言和连贯的表达——可能与你在法学院里学到的知识不相符。所以呢，不要认为自己的职业需要模糊的术语和复杂的结构。把自己当做一名老师，你要积极关注的是有效地将一切事情表达清楚。如果你做到了，很自然你会借助于图标或图片帮助展现发生的事情，在黑板上写下重要的点，或者通过悬挂投影仪的屏幕把这些东西展现给陪审团。

下一个要讨论的就是可靠性。可靠性当然与理解一样重要，但是它排名第二是有原因的：如果理解这一点你做得好的话，那你就会利用第一步树立自己的可靠性信息来源形象。

为什么？



因为，人们更愿意相信这样的人：看起来他们知道自己在说什么。

当你代理一个案件时，实际上你是为你的委托人站起来的。这个简单的动作意义深远。尽管法律不允许你说出以下话语，但是从你的行为中就可窥见这些信息：

- 我已经研究了事实，知道了事实。
- 我将传唤的证人会告诉你们事实。
- 法律和基本的公正在我们一边。

影响你的可靠性的因素有很多种。比如，如果你在说到你的委托人时，说“我的委托人”，你是在非个性化他，你传达的信息是，你不记得他的姓名，更别说清楚事实了。而当你说“我们所说的日期”，“我们所说的地点”或者“我们所说的摩托车”（而不是直接说出日期、交出汽车的名字或指明地点）时，实际上你强化的观点是，你并不熟悉事实。

这并不意味着你要背诵一切事实。相反，背诵只能招来灾难性的后果。一旦出了一点差错（once the needle slips out of the groove），一切都完了。比较好的做法是，列出一页纸的提纲和一两页纸的笔记，这样，如果你需要确证某些事实，拿起来看一眼。

为了不遗漏任何信息，写一个草稿怎么样呢？

也是一个严重的错误。

读出开庭陈述也会削弱你的可靠性。首先，写出来的内容和说出来的内容效果是不同的。写和说的措辞以及语言结构是不同的。所以当读出你写的东西时，听起来会很奇怪。以外，写的时候与说的时候情绪是不一样的，如果词不达意的话，结果就是听起来不真诚。与其对着陪审团读出陈述，不如对提纲上的一两个词磕磕绊绊。

接下来要讨论的是陪审团和当事人之间的相互认同。你希望陪审员自己对自己说：“命运不可测，那种事情有可能会发生在我身上。”

但是等一下，你说。陪审团站在任何一方当事人的立场是不适当的，不是吗？

不是。

所谓的“黄金法则”说的是，不允许你请求陪审团站在一方当事人的立场考虑问题。一方面，想象自己置身于其他人的立场的能力是所有司法的基础。然而，另一方面，在开庭陈述和总结陈词中吁请激情和偏见是不适当的。法庭制定了一个机械性的规则：明确要求陪审团想象自己遭受了严重的损失和伤害，就是吁请激情和偏见的行为。

这就意味着，你不能直接吁请情感。但是，只要你的开庭陈述通过了相关性测试，谈论事实的方式引起陪审团自己将自己置身于委托人的立场，这没什么不妥的。

所以，问题是，什么样的事实使得法官和陪审团认同一方或另一方呢？

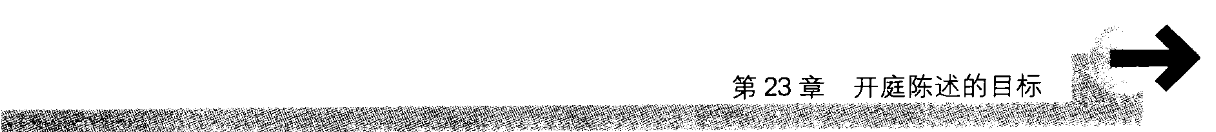
许多重要的因素是你不能触及的，如民族、种族背景、年龄、性别、就业、教育和社会地位。但是很不幸的是，还有更深层次的关联，特别是基本价值的联系。

如何展现这些价值很重要。以职业道德为例，告诉陪审团你的委托人是一个小公司的人，不如说他从银行借钱冒险成立了一个小的礼品公司，后者更能有效地影响陪审员。

有些方面相似的人性经历将我们连接起来——如汽车无法修好；试图联系到那个不回你电话的人；或者又一个官方机构给了你一个借口。讲述这些简单的事实有助于陪审团对你的当事人产生认同感。认同了某人的处境，离认同某人就不远了。所以，细节事实——熟悉的、普通的细节事实构成了现实的图景——有助于强化认同的纽带。

但是等一下，你说。对于代理自然人来说，这些所谓的克里尔和艾夫斯手法都不成问题。但是，要是你代理的是一家公司——一个没有血脉传承的法律实体呢？如何才能将一家公司个性化呢？

要花点工夫，但是你能做到的。



选择恰当的个人代表。不要只是选那个公司负责人。一个好的个人代表并不是仅仅解释公司的境地，他与案件理论同在（live the theory of case）。你的目标是决定开庭陈述说什么，而这其中的问题是，谁来代表公司说话。如果是一起金融欺诈案，你要选一个没有不良声誉的表达能力强的高级会计师。如果说是劳动纠纷案件，就考虑挑选有同情心的人事经理。

当你谈到你代理的公司时，要谈到人。再大的官司也会涉及一个由人组成的中心团体。谈到他们中的个体人，不要用职位头衔、工作地点或者所在部门。表明你代理的公司有多么关爱人。在产品责任案件中，说某公司“担心的是它未来的金融泄露”不如说某公司关心的是“确保制造安全的产品”，后者会留下更好的印象。

接下来讨论支持的问题。你希望在你结束开庭陈述时，陪审团站在你的委托人一方。有句话很好：陪审员不一定在开庭陈述中作决定。开庭陈述结束以后，他们可能还没形成确定的观点，但并不代表没有观点。而你在开庭陈述中最重要的任务就是，让他们想作出对你有利的决定，或者希望证据支持你这一方。

看看你喜欢的电视节目，你会发现这种情况也会发生在你身上。即使你的队员没有参与，即使他们与结果没有利害关系，没多久你就会偏向某一方——有时是没有原因的，但是大多数情况是因为你偏向弱者一方。

一旦你偏向了某一方，有时会发生一些有趣的事情。你开始从那一方的角度看所有事情。你倾向于用你已经偏向的观点解释你所看到和听到的一切。

所以，任务是找出那些使陪审团偏向案件某一方的因素。

认同当事人就是其中之一，但是不是全部。

陪审员自然想匡扶正义。那是最基本的要点。请求司法的处理不如画一幅不公正的图景，后者更有说服力。不是“看到我们有多好”占上风，相反，“看看他们做了什么”才能促使陪审团选择立场。

要注意你对非正义意识的追求。这种追求很容易演变成拙劣的表演。结论，意见和特征化都是危险的。在开庭陈述中，特征化不如这些特征所基于的事实有说服力，特征化只能引来对方的反对。如果你用了过多的形容词和副词，你会听到陪审团说：“我们觉得你是最棒的律师——只是，我们认为对方更有理由。”

最后，筹划你的开庭陈述，让其在陪审团那里留下持续的印象。你希望逼真的画面一直停留在作证过程中，而且能引导陪审团的评议。

要留下持久的印象，方法之一就是危机开场白。每个案件都有某种危机。如果没有的话，就不成其为案件了。危机是情感线索，将陪审团推向事实一边。一系列的画面组合起来就构成了整个不正义的图景，而危机就是其中一个画面。

一个有力的主题是留下深刻印象的最好方法。最好的主题不仅是令人印象深刻的，还能有助于陪审团从正确的角度了解整个案件。

一个好的主题可以强调责任：“该案涉及一系列的决定，而正是这些决定让这个年轻女人失去了眼睛。”开庭陈述中的主题会在总结陈词中重现，从而阐明观点。密歇根州大激流市（Grand Rapids）已逝的托马斯·麦克纳马拉（Thomas McNamara）给出了一个最好的例子。为了表明一个电力公司因为过错导致核反应堆泄漏，释放出放射性物质，麦克纳马拉强调该公司未能遵守适当的维护程序。但是他并没有这么说。取而代之的是，他反复说的是：“他们没有照章办事。”

安格斯就说到这里。一个老师能做的事情太多了。“非常感谢，吉。感谢你的建议。”

安格斯笑了。

这时弗拉什·马格鲁德走进了公文包咖啡馆。“弗拉什，”塔克叫道，“你在做什么呢？你能不能帮我一个忙。明天早上我要出席沃洛普法官的庭审，关于开庭陈述，我有一些问题。关于如何开始，我需要一些建议和提示——你知道的——我站在什么地方，说什么话？”

第24章 故事法

卓有成效和引起共鸣的交流，这是说故事的艺术的基本要求。一个好的故事就是将一系列事件整合成扣人心弦的事实，而这些事件自身则长时间以来极其复杂。一个好的故事就像一个打磨得很好的笑话——简洁有力、印象深刻、朗朗上口，你不可能不记住它。

肯尼斯·阿尔伯斯（Kenneth Albers）

密尔沃基剧场演员、艺术指导助理

"安格斯，"卡特赖特说，"我从来没见过这么不称职的司法官员。"

"怎么了，卡特赖特？"安格斯说，"听起来你好像输了官司。"

卡特赖特·布坎南是这里一个很好的律所的合伙人，他正打算在一年半的时间里再发展一个合伙人。"在冈恩法官的法庭上，我没能成功申请速决判决的动议，差不多就是输了案件了。"卡特赖特说道。

"布坎南相当有能耐的呀，"安格斯说，"他做了什么不称职的事情了？——除了适用不利于你的规则以外。"

"看看这些陈辩书（briefs）就知道了。"卡特赖特说，"不必逐字阅读，瞧一眼就行。这是我的陈辩书——76页。这里面引用了过去20年来关于速决判决的主要案件。它丝丝入扣，精准地展现了应该允许速决判决的原因。"

"给你，"卡特赖特说道，将这些可折叠档案提到了安格斯的手里，"这是21份证人宣誓书，足可证明应该许可我的动议。"

"再来看看原告的陈辩书，真是糟糕的工作。只有6页。只引用了一个15年前的案例。只有完全不懂司法的人才会认为他的工作有价值。如果温迪斯特姆与克拉舍联合律师事务所里有人提交这样的陈辩书，他最后一定会被扫地出门的。"

"这里边引用了什么案例？"安格斯问。

"为什么？"卡特赖特问。

"我不知道，"安格斯说，"但是我觉得一定是个很好的案例，才能战胜你单调沉闷的陈辩书。"

"少来吧，安格斯，我是很认真地在跟你说。"卡特赖特说道。

"好吧，那跟我说一说，"安格斯说，"你是如何为你的动议辩护的？"

"正确的方法，"卡特赖特说，"我简单描述了事实，列出了争点，并逐个进行了解释。"

"原告律师怎么做的？"

"她就是站了起来，讲述了原告生意遭受损害的过程。我觉得太不专业了。她甚至都没有传唤原告，只是提到了他的名字——马丁·麦基特里克。"

“原告律师是谁?”安格斯问，“芭芭拉·斯汪森吗?”

“你怎么知道啊?”卡特赖特问。

“听起来就像她，”安格斯说，“她是个不错的律师。”

接着安格斯又说：“卡特赖特，我要告诉你两件事，而这两件事是你在法学院没学过的——很多律师也没掌握这两件事。

“第一，运用法律并不是法学院的考试，引用所有裁决，作所有评论并不会给你加分。胜诉不是靠连续重击得来的。正如格底斯堡的林肯所表明的，长篇大论并不是给人影响深刻的演讲。

“第二，故事是整个法律程序的核心所在。开庭陈述，主询问、交叉询问和总结陈词都是故事。动议、申请和申诉也是故事。每一个评论都是一个故事，每个律师都是故事讲述者。”

“等一下，”卡特赖特说道，“法律怎么能符合这些方面呢?”

“法律，”安格斯说，“只是一个框架。对于恰当的故事，它只作了最低限度的要求，但是关于如何讲述故事，法律只字未提。而正是故事——而不是结构——决定了案件。

“故事比单纯的法律更深入。因为故事是我们说话和做事的核心所在。自从世界有了意义以来故事就被使用。正如诺莫尔·J·利沃与桑德拉·J·利兹所言：“故事就是我们的生活……就像呼吸一样自然。”（Normal J. Livo and Sandra J. Rietz，*Storytelling: Process and Practice*（Libraries Unlimited，Inc. 1986）at 6.）

安格斯继续说道：“我们利用故事传递信息。我们利用故事再现活生生的历史。我们利用故事解释重要原则，解决冲突。我们利用故事解释我们的记忆。换言之，我们借助故事理解事物。

“意义还不止于此。我们每个人都是有故事的，这些故事告诉我们，我们期待不同情境怎样展现。这些故事是我们关于世界如何运行的理解。你可以想象，每个人都有许多不同的故事来评估他们听到的事实。

“所以一旦有矛盾出现——关于发生的事件和如何解决争议——律师的工作就是展现事实，说出故事，让它真实起来。”

“安格斯，”卡特赖特说，“我没有不敬的意思，只是我还是不太懂。听起来很有道理，但是好像一团乱麻，它……”

“别紧张，”安格斯说，“我又不是让你参与某些奇怪的宗教。故事法并不排除传统的法律推理。它只是说明传统的法律推理还不够。”

“我来问你一些问题，你觉得你在法学院看了多少个上诉案件案例?”

“哦，我不知道啊……有上千个吧。”卡特赖特说。

“你不知道你为什么吗?”安格斯问。

“当然知道，”卡特赖特说，“是因为兰德尔的案例教学法（Langdell's case method）。”

“对，”安格斯说，“兰德尔创立案例教学法，原因就在于，相比于阅读枯燥的文本和听理论讲座，从故事——案例——中总结原则更容易。想想看，重复纯粹的规则——没有例子——从中学习法律有多难。”

“等一下，”卡特赖特说，“我知道你的意思了。你偷偷地把胡桃壳放在了周围，让我猜哪个里面是豌豆。当然，我的答案是，豌豆不在里面，在你的手里。你其实没说什么新的东西。说的还是要同时掌握法律和事实——而这点所有律师都知道，只是换了个说法而已。”

“打断一下，”安格斯说，“这正是我要说的。故事比一串事实要好得多。并不只是一

个事记表或者一小段历史。故事中发生了什么，就是解释了一个事件。”

安格斯是对的。如果你想成为卓有成效的律师，你应该知道故事的基本要素，以及掌握讲故事的理论。一旦你掌握了这些，你将会惊奇于这一个法律创造性——安排证据和刻画案件事实——的空间有多大。

首先，故事的基本要素。

1. *故事要有开始和结尾。*何处开始，何处结束是很玄妙的。它们不取决于事件的发生顺序或者特定规则的顺序（尽管法官对于相关性的要求会在特定情况下出现）。

这就意味着是你选择在何处开始和结束，没有特定的标准做法，你的选择将取决于你要说的故事的观点。

2. *故事中有特定的时间和地点场景。*不要像例行公事似的陈述时间和地点或对它们敷衍了事。克利夫兰滨海大道上出现的“死者弧线”并非凭空想象出来的。在一起合同纠纷中，一段时间内航空业的经济压力可以为公司的不忠提供铺垫。或者，在撞车事故案件中，可以强调责任的严重性。

3. *故事中有人物——促使事件发生或者阻止事件发生的人。*他们对加诸其身的力量作出回应，参与已发生的事件。你的工作就是让这些人物活现，表明他们对事件负有责任或不负责任。

4. *故事中的事件。*这是关键所在。事件如何发生，为何发生，通常与责任有关，但是结果往往与损害有关。

现在，我要阐明重要的一点。我们经常交错使用“事记”或者“故事”或“情节”来表达发生的事件。但是你要严格区别事记和情节。事记是历史性的顺序。是事件发生的顺序。而情节则不同。根据 S. 巴尼特、M. 伯曼和 W. 伯特编辑的《文字术语词典》(S. Barnet, M. Berman and W. Burto, *A Dictionary of Literary Terms* (1960))，所谓情节，是指作者安排的事件顺序。

看看里面说的律师的角色。显然，事实不是创造出来的，你不能发现证据。但是你可以选择呈现一些事实，忽略一些事实。你的角色就是说故事的大师，把事件安排成符合你需要说的故事。

违反合同就是违背承诺。但是违背承诺的事经常发生，所以要成为一个有说服力的演讲，故事的要点和可信性是心理上的必需要素。将合同案件中的违背承诺比作欺诈案中的不忠于、欺骗的故事。

从哪里开始——承诺或者利益？你如何推进？通过比较被告人说知道的事与所说的话吗？答案就在于故事讲述者的艺术之道。

“这里有一些说好故事的理论。”安格斯说。

1. *对自己的话有自信。*如果你不相信你掌握的事实，或者认为它们不能支持你的主张，你凭什么要别人相信你呢？不要捏造事实。那样会露馅的，法官和陪审团会看穿你。如果你不相信你自己的案件，就把它缩小到你能相信的程度，或者交给别的律师办。

2. *制造信任感。*找到能触及人的个人经历的事实细节，然后说：“这是真的，是真实发生的。”注意合乎情理的问题。因为不符合陪审团的个人经验，有时即使双方都认可的事情，陪审团却拒不接受，这点很让人吃惊。

不要重复引述已经发生的——要重现它。你希望给陪审团的感觉是，故事正在发生。

3. *让你的听众认同你的委托人。*将危机放在最能发挥作用的地方——一般就是开场白。通过讲故事让法官和陪审团站在你的委托人的立场看证据。利用他们的非正义感来表明对方有多么的不公。

4. *表现——而不是讲述。*不要告诉陪审团对方是个骗子。向他们展示对方的所作所为，让他们自己得出结论。如果由你来讲述，已发生的事件就烙上了你的印记。

不要冲动。

特征化并不能讲述故事。只是告诉人们你的感觉。那正好暴露了你的偏见，而不是获得支持。

5. *用图画。*文字描述的图景和真实的图画都有助于理解。人们相信他们能看到的事物。将整个案件想成是一系列画面——一组恰到好处组合的事实。然后安排这些画面，让它们自己展现故事的全貌。

最后，如果你想知道更多的有关故事和说故事的知识，全国讲故事保存和存续协会能提供最好的信息、书籍、杂志和录像。（*National Association for Preservation and Perpetuation of Storytelling*，NAPPS，P. O. Box 309，Jonesborough，TN37695.）

第25章 快照

“如果你总是做你已经做的事情，你得到的也只是你已经得到的东西。”

埃德·福尔曼（Ed Foreman）

“好的，”贝斯·戈尔德说道，“你怎么看？”

玛丽·格拉丁，是一名电视谈话节目主持人，她被指控谋杀她的丈夫及其情人，琳达。上星期三开庭审判，我们一群人去旁听了开庭陈述。现在，我们来回顾一下双方的做法。

“我非常失望，”我说，“公诉人一直在说，‘我说的不是证据’，不久我就开始计数了。我数了有26次，还不包括一开始的三四次呢。”

“令我困惑的是，”贝斯说，“公诉人一直说这样的话，‘我们将提出证据表明玛丽·格拉丁谋划杀害迈克·兰塞姆’，‘我们将传唤的证人毫无合理怀疑地证明玛丽·格拉丁有谋杀的动机、方法和机会’。但是他从未提出过任何细节事实——就是长达一个小时的空洞的概括。”

“有一件事，”迈克·佩雷里说话了，“公诉人维持了一个相当好的记录。”

“就是，”安格斯同意道，“那就是，他一直做他做过的事情。他的指控有很好的证据支持，所以他们有什么理由另辟蹊径呢？”

“但是，那并不是个好的开庭陈述，”安格斯说，“玛丽·格拉丁可能被定罪，但不能归功于那个开庭陈述。公诉人浪费了他们的机会。他本有机会成功地讲述一个故事，但他没有。相反，他做的事就是大多数律师通常会做的。他说他将提出证据说服陪审团他那一方应该赢得诉讼。”

“问题出在哪里呢？”迈克问。

“是这样的，”安格斯说道，“他讲述了错误的故事。他没有描述杀害迈克·兰塞姆及其情人的谋杀犯，他讲述的是他要在庭审中做什么。”

就在这时，温迪斯特姆与克拉舍律所的卡特赖特·布坎南插话了。“但说错故事真的有那么大的影响吗？”他问道。

“当然。”安格斯说，“开庭陈述为整个案件奠定了基调。开庭陈述中会发生两件重要的事情。第一，陪审团根据故事解释事实。第二，他们会选择立场。”

卡特赖特继续问道。“等等，”他说，“为何说他们会依据故事？为什么不说他们只选择立场呢？”

“因为，没有故事，他们就没有选择立场的理由，”安格斯说，“自古以来，故事就是人们整理事实的方法。莫格用锋利的断木棒底部击退了剑齿虎（sabre tiger）。氏族社会的人没有矛这个词，所以莫格的故事没提到矛——一部分是手舞足蹈，一部分是语言，还有

一部分是表演。氏族人从故事中学到知识，他们有一个选择性优势（selective advantage），因为你能从中学到如何解决下一个剑齿虎。故事的必要性——以及从故事中学习的能力——已经成为我们生活的一部分。"

"每个人都需要故事。故事教给我们知识，解释事实，从世界现象中总结经验道理。故事能帮助理解因果关系。故事传递道德价值，纪念重要事件。能使观点活灵活现。故事是我们大脑中的软件，用它就可以处理事实，控制思想。"

"安格斯说的对，"贝斯说，"我相信庭审的每一部分都是故事——开庭陈述、主询问、交叉询问、总结陈词——甚至是庭审中的反对和审后动议（post-trial motion）。"

"但是那就是我的症结所在，"贝斯说，"我不会讲故事。"

"我也不会。"迈克·佩雷里也说道。

"你怎么样呢，卡特赖特？"安格斯问。

"呃，我从来没自称是那种善于讲故事的人。"他说。

"也就是说你也不行。"安格斯说。

"安格斯，"贝斯说道，"你是一个善于讲故事的人，你有那方面的天赋，跟我们说说秘诀吧。"

安格斯歪了歪脑袋，说道："你们说得对，是有秘诀。一个系统，一个方法。很简单，很有用。问题是，"安格斯笑着说道，"如果我告诉你们的话，吉米会把它写在杂志上的，那样的话，你们哪有优势了？"

贝斯看了看我，说道，"嘿，吉米，你为什么不自己想点子，总是偷别人的观点？"

"少来了吧，你们这些人，"我说道，"汲取别人的观点，那是我的饭碗，这叫学问，不叫偷。还有，我经常赞许这些得来的资源。"

我知道安格斯不会叫我离开的——我已经做好记笔记的准备了。

好，这就是关于故事的整套方法——为什么有用以及如何讲述——这使得讲故事变得容易。

秘诀就是，一个好的故事就是文字描述的图画——口头快照（verbal snapshot），能让人看到发生了什么。如果你说的话让法官和陪审团亲自看到了发生的事实，他们就会参与进来，构造他们能够相信的图景。"我能看见你说的"，这句话的习语就是"我明白了"，这并不是偶然联系的。

等等，你说，无疑，看见的冲击力是重要的，但是应该还有其他的重要因素吧。

当然。但是，所有的因素归根结底，都要回归到这个观点：人们能看到你说的事实。将每一部分的故事——以及每一部分的庭审——想作是画面。就是口头快照展现发生的事实。

将相关性事实打包

首先，一个画面很难成为一个故事。故事有时间和地点。有有名有姓的人物，他们有特定的意图。故事有张力，因为它描述的是将要发生的事实，人们想知道事实是如何发生的。好的故事中的事实能让陪审团站在你这一边。

将以上所有要素一股脑放进一个画面中，这是很令人迷惑的。这种做法是错误的。这就是画面法的第一个优势。它让你将事实组合起来，放入相关的序列里，这些序列是不言自明的。

这是一个真实的口头快照（而不是战争与和平的电影），它简短、清楚和精悍。如果

你从口头画面中了解到的就是将事实组合放入相关的序列，那么相对于那些陷入迷人的完整性规则中的人，你已经遥遥领先了。当你把一大堆事实呈现在法官和陪审团面前时，故事——事实处理器——被淹没于过多的细节中。

形象化的语言

把事实想成口头快照，你自然会使用形象化的语言。

你说，就算这样，又有什么不同呢？优势就是引人注目。有一个叫做戈登·鲍尔（Gordon Bower）的研究者让几百个人阅读一连串句子，然后再测试他们能记住哪些。当只告诉他们阅读这些句子时，这些对象的记忆率是42%。但当告诉他们要形象化这些句子时，平均记忆率上升到了62%——几乎上升了一半。

所以，要对眼睛说话。使用的词语要能让人们看见你说的内容：

“你站在俄亥俄州克利夫兰第九大道和欧几里得的拐角处。大概是4月27日星期三下午3点。如果你现在抬起头看天的话，在你的左方，你会看到一架喷气式客机——747——上面没人。它上下翻滚，在坠入伊利湖的时候正好与亨廷顿大楼擦肩而过。”

你说，对于个人伤害案来说，没什么问题，但是，涉及公司案件呢？就像醉酒的人也有权走安全的人行道一样，商业案件也可以像个人伤害那样具有形象化的能力，而且有过之而无不及。

“当摩根·赖利允诺配送给麦克·麦基特里克建造12所房子所需的木材时，他是否会知道他将要将价钱涨高两倍，并对这些木材进行两倍的要价？

“再去赖利先生的办公室，看看他三天前写下的秘密的备忘录，就在三天前他还与麦克·麦基特里克握手，保证不会改变价格。这就是说的话……”

同样的原则可以用于询问证人：

问：医生，请帮我们通过你的眼睛看看卡罗·摩根的肺吧，究竟发生了什么？

或者

问：麦基特里克先生，带我们去摩根·赖利的会议上看看吧。让我们知道究竟发生了什么事情。

就是现在

画面就像唱片一样，他们都有魔力。他们是时光机器。注意我们谈论画面和唱片时所用的语言：

“我想让你听听阿特·塔特姆（Art Tatum）演奏‘纸月亮’（Paper Moon），听听他是怎么用左手的。他的手指怎么能移动得那么快呢？”

还有，

“这是我们第一放映室的画面。那是我的表兄弟，奥斯本，正站在复印机旁边。他就是在越南被杀害的人之一。”

再读读以上两段。没有任何不寻常的词语，是不是？

等等。阿特·塔特姆已经过世很长时间了。但当你谈及如何弹奏其中一张唱片时，用的是现在时的动词。该唱片录制于1940年，但当你听到时，就像是现场弹奏。

死于越南的表兄弟奥斯本呢？在那个画面中，他正——而不是曾经——站在复印机旁边。

所以，要想让文字画面更逼真的话，开始用现在时态吧：

“这个小玻璃片穿过她的眼角膜、穿过虹膜——眼睛的一个部分，能使瞳孔放大或缩小。这个玻璃片穿过眼睛的中部，将眼球割成两半。接着，它又返回了眼睛的后部，穿过视网膜，切断了视觉神经，萨拉的眼睛与脑部分开了。”

在询问证人时使用现在时也能起作用。如果你想让画面更逼真，就用现在时提问：

问：好，艾奇森小姐，你在奥克兰大道和议会大厦私人车道的拐角处停下来，描绘一下当时发生的事情。

答：在我旁边的汽车在闯红灯，直接驶到了消防车车道。

大部分时间里，只要你使用现在时，证人也会使用。这个默示的说话规则让提问者使用现在时态。但是如果证人继续用过去式回答的话，也没关系。整个的效果是潜在的，现在时态的提问有助于产生一种意识：事情就是现在发生的。

但不要随便使用这种技巧。一直用现在时就像强调纸上的每一个字。强调所有就等于没有强调。

事实，不是意见

律师们总是问安格斯这样一个问题：他们是否可以摆脱开庭陈述中的评论，或者摆脱主询问和交叉询问中一系列评论性的问题。

可以理解。律师希望他们具有说服力，那还有什么比评论更有说服力呢？

几乎任何事情都比评论更有说服力。

口头快照记录摄像头里的事情——而不是自己的解释。当然，你必须选择画面，并用自己的方式将其组合。但是，一旦你使用修饰语——形容词和动词——你就不能向法官和陪审团展示事实了，你在讲述你对案件的看法，正在扭曲画面。

你还没有权利那样做。一旦你开始评论，你就不是指导者了，而是一个有物可售的叫卖者。

要避免总是评论案件，需要花很大的工夫进行自我控制。但那是值得的。

你要展现哪幅画面

你的一个同事度假归来，带回了好几卷 35 毫米的胶卷——每一卷都有 36 张照片——周末在坎昆度假时照的。照片洗出来以后，她将 252 张 4×6 英寸的彩色照片——包括几十张没对准焦距的、五六张没照到头的和一整卷因为在阳光下暴晒了一整天而模糊的照片——拿到了办公室。

有人愿意看看一半照片的可能性有多少呢，更别说一整卷了。

需要修剪这些照片。

但是多数出庭律师就是直接拿着这些照片上法庭的——没有中心，未经修饰。

当然，你必须证明起诉和辩护的基本构成要件。但关于如何证明，你有很大的发挥空间。

第一步，去掉那些模糊的照片，那些没有头的、那些相机移动了的照片。选有利害关系的、清楚的和好理解的。尤其要注意有冲击力的照片，或者能让人说出以下话语的照片：“这种情况也会发生在我身上。”你还不能直接要求陪审团站在你的立场上考虑案情，

但是，也没有任何规则禁止他们自愿这么做。

你站在什么地方拍照对照片的效果有很大影响，所以，要挑选正确的立论立场。例如，大多数人并不喜欢诉苦的人和抱怨的人。所以，如果你代理一起个人伤害案，让原告作证，让他长篇大论其人生的悲惨，其受到的痛苦，是错误的。

试试另外一个观点。让达德作证时表现出坚韧，通过其他证人——他工作时的领班，他的妻子和孩子以及他在周日晚上一起吃饭的朋友——来描述他受伤的画面。

埋下伏笔

有些画面很有价值，因为它预示了将要发生的事情。你可以将它用于庭审的每一部分。

你可以在开庭主题中埋下伏笔：

“该案涉及一个年轻女人的眼睛。”（这句话为担忧萨拉·布卢姆英的视力埋下了伏笔，即使你没有用额外的5分钟再谈论她的视力。）

你可以在整个开庭陈述的画面中埋下伏笔：

“当托德从迪士尼乐园回来时，他迫不及待地想要向他最好的朋友展示他在佛罗里达买的剑。第二天——星期二——他早上7点钟叫醒了米奇·安德森，平常这个时候安德森还没起床。安德森夫人知道托德很激动，所以他就告诉托德1小时之内他可以来她家。

“托德和米奇住在同一条街上——马里兰大道，隔4个街区。问题是，托德必须穿过议会大厦私人车道（Capitol Drive）。”

你可以在引入目击证人时埋下伏笔：

问：特特里梅因小姐，我先问你一些基本的问题。11月19号晚上你是不是在马奎尔酒馆(Maguire's Tavern)?

答：是的，我在那里。

问：你看到立奥·约翰和兰迪·戈麦斯打架吗？

答：我当然看到了。

问：时机合适的话，你可以向我们展示一下这场架是怎么开始的吗？

答：当然可以。

（现在陪审团知道她为什么在这，他们正等着听她会说些什么。）

你可以在主询问专家证人的中间埋下伏笔：

问：利博维茨医生，在你告诉我们这是如何影响Byte-Tech的未来利益之前，让我们先来讨论一下该公司2003年发生的事情。

整合事实

“这太棒了，”贝斯·戈尔德说道，“我已经学会将整个案件想象成一系列的画面。集合的事实制造影像。”

“我觉得我掌握了快照了，”迈克·佩雷里说，“但是我还是有一个问题。如何将这些画面放在一起，组成一个故事呢？”

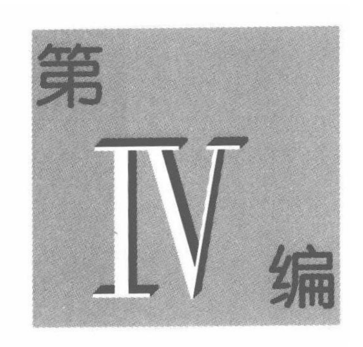
“那是很简单的部分，”安格斯说，“只要有用，任何方法都可以。只要将一个接一个的画面展现给法官和陪审团，他们自会为你整合的。”

“但是为什么不自己整合呢?”迈克问。

“因为你希望法官和陪审团参与,”安格斯说,“当他们自己把故事整合时,对于你的案件的事实,他们自己得出结论。那样的话,那就是他们的想法,而不是你的。人们都喜欢自己的想法。”

“所以,关键是,”贝斯说,“将事实展开——不同的画面——展开的方式几乎能让事实发现者以恰当的方式——你的方式——整合这些画面,对不对?”

安格斯看着我。“我认为他已经掌握快照了,”他说道。



证　　据

第26章 重要思想

周五晚上我们待在公文包咖啡馆，弗拉什·马格鲁德在那里埋怨沃洛普法官对证据的裁定导致他接手的一件年龄歧视案的判决对他不利。

“问题是，”弗拉什说，“沃洛普完全不懂证据规则。”

这时塔克·菲利普斯接过话，“不仅是法官，”塔克说，“没有人能弄明白证据，原因很简单，根本就没有什么可弄明白的，它没有真正的主题。它就是一个袋子，里面塞了一把吹毛求疵的小规则。一般的法官对于证据法都无能为力，因为它没有什么让人能够把握的重要思想（big ideas）。”

安格斯看着塔克，嘲讽地笑了笑。

“哦，得了，安格斯，”塔克说，“你没打算为证据法作辩护吧，是吗？证据法完全没有必要那么复杂，它的复杂性是现今审判制度陷入混乱的一个原因，想想我们为什么不得不使用替代性纠纷解决机制这样的东西来处理普通案件。”

安格斯笑了。“毫无疑问，证据法是会带来一些问题。”他说，“举个例子，有些传闻证据规则的难点确实需要用心思考才能解开。但是证据法并不是没有重要思想——如果你知道其重要思想的话，整个问题就会简单很多了。”

“是吗？”塔克反问，“我这里有十块钱，我打赌你说不出三个证据法的重要思想——我给你举一个，传闻证据。”

“好，就这么定了。”安格斯说，“我觉得我可以给你列出六七个重要思想——看你怎么算了，并且不用包括传闻证据。它是挺重要的，不过它只是一个重要思想当中的一部分而已。”

贝斯·戈尔德捂住了嘴，这样塔克就看不见她咧着嘴笑了。塔克不知道这已经远远超出他的理解能力了。我想，这时候我该拿出我的法律记事本开始做笔记了。以下是我的笔记内容。

最首要的问题是，所有这些内容——这些重要思想——都不是绝对的。没有哪一个思想能适用于任何情形。证据法的这些重要思想时隐时现，有时候在意想不到的地方露出头来。它们似乎正好交替出现，因为它们互相之间存在冲突。

1. 我们并不想知道所有的真相

证据法只不过是构筑审判的几个机械性原则，其实这也可以算作是第一个重要思想。

大家都知道，在陪审团审判中法官的职责之一是对异议作出裁决。但是问题不仅仅在于排除不可靠的书面材料或者不可信的证言。我们会放弃非常可靠的证据，因为有些目标比让法官或者陪审团知道所有的事实这一目标更重要。

拒绝作证权（privileges）就是绝佳的例证。我们要呵护律师和委托人的关系，所以我

们说律师和委托人之间的秘密应当得到特殊对待。如果委托人告诉律师，她杀害了她的丈夫，那么律师不能作出对其委托人不利的证言，尽管这个信息可能很有用。

但是拒绝作证权规则并不是绝对的。如果委托人说的话不是对已经实施行为的承认，而是对他计划实施行为——将要实施犯罪——的陈述，那么陈述人就不享有拒绝作证权了。

注意，拒绝作证特权存在的真正原因在于它带来的间接收益。这个委托人的秘密已经说给律师听了，我们没有必要因为想要鼓励他说出这些秘密而特别对待这些秘密，相反，我们为了让这个委托人的秘密受到特殊对待，可以鼓励下一个委托人对他的律师敞开心扉。

并且拒绝作证权的内容比你想象的要多。除了那些被称为拒绝作证权的（如医生病患拒绝作证权、夫妻拒绝作证权）以外，还有一些规则，只有当你近距离观察到它们的运作方式时，才会觉得它们是拒绝作证权。

商业秘密和后期补救措施（subsequent remedial measures）就是很好的例子。公众可以通过商业秘密获利，因此要保护它们不被公之于众，但是如果不让它们成为证据会导致欺诈或者其他不公的时候，它们就不再受到保护了。

我们希望鼓励人们修复险情、纠正缺陷产品，因此，仅仅在为了证明情况危险时，人们才享有免于作证的权利。

这个规则起作用吗？你会说，嗯，当然，它让陪审团接触不到证据。这就是它的作用，不是吗？

进一步来看。人们老是怀疑，我们不必通过规定后期维修证据不可采来鼓励生产商在发现设计或生产的缺陷后改进其产品。不管证据是否可采，他们总是会作出修正的。这正是在某些产品责任诉讼中采纳了后期补救措施证据的真正原因。如果这个重要思想在某个特定的场合不适用（在产品责任领域内，它是否适用正是争议所在），那么也没有必要遵循它。

强奸案保护原则（the Rape Shield Doctrine）——《联邦证据规则》第 412 条的规定——稍有不同，尽管我们排除该证据仍然是为了影响人们的行为。交叉询问强奸案被害人的性经历，其后果是许多其他被害人会不愿意报案或者不愿意出庭作证。因此，我们希望通过严格限制此类交叉询问以鼓励被害人挺身而出。

另一个例子是非法搜查和扣押。非法搜查和扣押不会导致警察取得的证据变得不可靠。但是人类尊严的一个重要组成部分就在于不让政府不合理地侵入我们的生活。所以我们说（至少在当前）非法搜查和扣押取得的证据不可采——不是因为它们被污染了，而是因为我们想要阻止非法搜查和扣押。

所有这些例子都说明了一点：我们认为有些东西比事实真相更重要。

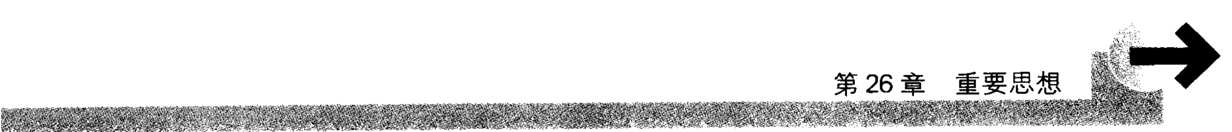
2. 我们评判行为——不评判个人

已故的欧文·杨格曾经说过：“英美法系法律制度的一项基本原则是，你只能用证明被告人实施被控行为的证据来判定他有罪。”

“当然，”你会说，“不过这也不是什么新闻。”

也许它就是新闻。

在我们的日常生活中，我们每天都会运用品格证据来作出各种决定。我们根据品格证据购买产品、聘用雇员、断绝关系。他们是什么样的人？你能不能相信他们会遵守诺言？他是做什么工作的？



我们的民间智慧还告诉我们，应该留心人的品格。“骗我一次，算你狠；骗我两次，是我蠢”、“猫改不了吃腥”、“老糊涂，最糊涂”。而且我们的监狱里到处都能证明——做坏事的人会一次又一次地做坏事——这真令人沮丧。

因此，要表明这个立场——被告人犯其他罪的证据不能被采纳来证明他犯了这项罪——显然需要花一些工夫。我们实际上已经将这个立场简化成术语，就是《联邦证据规则》第404条的标题：证明行为时品格证据不具有可采性。

如果我们生来就习惯于使用品格证据，为什么要设置一项规则排除它呢？

有两个理由，二者紧密相关。首先，判断是否有罪是一件庄严的事情。人们很容易过于重视品格（或其他犯罪行为）证据。其次，存在法官或陪审团不当使用品格证据的风险，判定被告人有罪不是因为他被证明有罪，而是因为他是坏人。

这是一条绝对的规则吗？

不是。

法律允许刑事案件中的被告人使用品格证据进行辩护——说明他名声很好，以证明他是个好人，于是他的律师可以论证好人不会干坏事。一旦被告人打开了使用优良品格证据的门，那么不良品格证据也应当可以使用。

为什么不让民事案件中的被告人也使用品格证据呢？

问得好。有些司法辖区确实允许采纳品格证据来证明殴打案件（assault and battery cases）中谁先动手。但是一般的规则是，品格证据仅供刑事案件辩护使用。这也许表明了另外一个重要思想——我们设法给予刑事案件被告人一些优待（比如证明责任和几类证据的可采性），以试图抵消很多人都持有的观点——被告人很可能有罪。

3. 不是三环马戏团

就像战争一样，一场诉讼往往会分散在各条战线上。人们很容易在每个交火点上拼到你死我活，也不管它是否真正值得他们这么做。

因此，我们有一些规则，看上去具有很强的技术性，而其真正的目的是为了使注意力集中在舞台中央。

首先，我们将品格证据限制在名声或意见（opinion）的范围内。入室盗窃案的被告人使用品格证据进行辩护时，并非他一生的经历都能被采纳为证据——只是其人生经历的概要。普通法的规则很简单。被告人的品格证人只能作证说，他们熟知被告人在其工作和生活的社区内的名声，并且其名声与被指控的犯罪不相符合。

当然，这些品格证人作证说明他们所了解的被告人名声，实际上也是说明他们的个人看法。但是，由于律师和法官的字面主义（literalism）——这真让人受不了，证人们不能说出这是他们的个人意见——但这实际上并没有关系，因为这条规则的意图是使证言简洁。于是，《联邦证据规则》第405（a）条作出“重大改变”，允许品格证人作证说明他们的个人意见时，实际上并没有发生多大的变化。

其次，品格证人可能被交叉询问到被告人行为的具体实例。马克思·盖恩斯的品格证人在直接询问中只要求作证说出盖恩斯的名声或者他们对盖恩斯的个人看法。但是在交叉询问中他们可能会被问到盖恩斯做过的具体事情。

为什么？这是不是不符合聚焦于中心区域的要求吗？

抱歉，它是不符合。

正如名声或者意见是证明品格的有效方式，具体行为的实例是反驳品格的有效方式。请注意，你可以交叉询问马克思·盖恩斯的品格证人关于具体行为例证的问题，但是你

“受制于证人的回答内容”，就是说你不能提出单独的证据来证明马克思的具体行为实例来反驳他的品格证人。

关于品格证据还有一点，无论证人对被告人的品格是毁还是誉，均适用“直接询问名声或意见——交叉询问具体实例”的规则。

反对三环马戏团（three-ring circus，指可供三套节目同时演出的大型马戏团。——译者）的规则还阐明了一些律师觉得麻烦的时间安排规则。在证人作证前攻击其可信度是不合适的，证人作证后在其可信度没有遭到攻击的情况下就证明其可信度也是不恰当的。意思很简单：为什么要拿一件也许根本就不会发生的事情来做文章呢？

接下来的问题是，不能在附带问题（collateral matter）上弹劾证人的规则。比如说一个证人——詹森·伍德——就一次商务会议作证，详细讲述了每个人说过的话。

为了质疑伍德记忆的准确性，交叉询问人问他那天早餐吃了什么。（这个问题很愚蠢，但是没有关系。遗憾的是没有哪条规则禁止提愚蠢的问题。）伍德信心十足地回答他吃的是凉麦片和一块甜瓜。

早餐是附带问题。尽管交叉询问人可以问伍德吃了什么，但是他不得传唤另一个证人或者提交餐厅账单来证明伍德说错了，他吃的其实是煎蛋和玉米粉。对交叉询问者来说无伤大雅的事情也许不值得花时间来单独证明。

同样的概念在《联邦证据规则》第 608（b）条中也起作用。你可以（经法庭的决议）就影响证人可信度的此前不良行为进行询问。但是如果他否认实施过这些行为，你就要“受制于证人的回答内容”。我们没有时间在马戏团里架起另一个舞台来查清楚证人是否犯有其他罪行或做了其他违法的事。

你会说，可是等一等，这不是与第 609 条的规定不一致吗？再进行一次交叉询问，只不过这一次问到的是证人的前科。证人否认自己有前科。

那么此时，交叉询问人就不再受制于证人的回答了，他可以提交证人曾经被判定有罪的证据。

这不是违反了三环马戏团规则吗？

没有。

前科很容易用有效的法庭记录副本来证明，但是仅仅为了弹劾证人而在一个案子的审理中对另一个案子进行审理，这两种情形相去甚远。

4. 传唤真正的证人

我们要得到可靠的证据，就需要第一手信息。这显然是排除传闻证据的原因之一。

法庭之外的陈述什么时候会成为传闻证据呢？提交这一陈述是为了证明其真实性的时候。那么，为了证明其真实性而提交这一陈述，这时你需要交叉询问真正的证人——发表陈述的人。

要求询问真正证人的规则不仅是传闻证据规则产生的原因之一，而且在传闻证据规则的例外情形中也起着重要作用。

过去记录的回忆（past recollection recorded）不可被采纳，除非证人不能完全想起他当时都写下了些什么。

那又怎么样？

如果真正的证人坐在证人席上并且能够回忆起一切内容，那就不需要传闻证据规则的例外了。

此前的证言、不利的陈述以及关于个人经历、家庭经历的叙述也是一样的情形。除非

真正的证人无法出庭作证，否则它们是不可采的。

但也并非总是不可采。也存在许多传闻证据规则的例外，无论真正的证人是否可以出庭作证，它们都是可采的。

为什么？

有不同的原因，有些是历史原因，有些是为了方便，也有些是因为常识。记住，没有哪个重要思想在任何情形下都适用。

除了传闻证据之外，真正证人规则还包括更多的内容。《联邦证据规则》第602条强调，证人对其作证的事情是要亲身经历的。当真正的证人是书面材料的时候，最佳证据规则要求，应当先出示原始证据或者解释原始证据的下落，然后才能出示传来证据（secondary evidence）以证明原始证据的内容。

5. 审判的竞赛理论

有些证据规则实际上体现的是公平竞争观念，这种观念是对抗式诉讼的原则。

直接询问的进行就产生了交叉询问的权利，而交叉询问的进行通常又会带来再直接询问。

证人出庭作证时，他的可信度就成为争点。

被告人用他的品格进行辩护时，就为交叉询问具体行为实例和传唤证人证明其品行不端开启了大门。

《联邦证据规则》第106条规定，如果对方提供一份文件的部分内容时进行了不正当的筛选，那么你可以把这份文件的剩余内容或者应当同时考虑的其他书面陈述或者记录提交给法庭。

如果一方用文件唤起证人的记忆，那么另一方有权查看这份文件并就此对证人交叉询问。（《联邦证据规则》第612条。）

公平观念也适用于证人。你想要出示证人此前矛盾的陈述作为证据来攻击证人的可信度时，你必须给证人一个机会进行解释或者否认作过这样的陈述，除非法庭放弃这个要求。（《联邦证据规则》第613条。）

对方提交传闻证据时，就为攻击传闻陈述人的可信度开启了大门，就好像他在法庭上似的。（《联邦证据规则》第806条。）

审判的竞赛理论虽然保证了公平竞争的权利，但是它没有要求绝对公平——仅仅要求基本公平。

6. 警惕律师

律师如何为庭审做准备、律师进入法庭后会做些什么，对于这些问题人们都相当谨慎。

提示性的直接询问不大妥当，因为我们不希望律师告诉证人应该怎么说。

为诉讼而准备的业务记录不可采。（*Palver v. Hoffman*，318 U.S. 109（1943）.）

非专家证人在为诉讼做准备时掌握了辨别笔迹的技能，他的意见不可采（《联邦证据规则》第901（b）（2）条）。但是对于声音辨别显然没有类似规则——很可能是因为声音辨别极少在法庭上出现，并且证人几乎没有机会为此“做好准备”。参见《联邦证据规则》第901（b）（5）条。

要谨慎对待为诉讼而进行的角色扮演和实验。其条件在“每个实质方面”都必须完全一致。实际情况是，法庭很担心人们可能会给当事人的辩论披上科学的外衣。

过去记录的回忆可以向陪审团宣读，但是根据《联邦证据规则》第 803（5）条，它不能被视为当庭出示的证据——除非由对方当事人出示这份记录。我们不希望证人在律师的指导之下“想不起来了”，从而使他们的书面证言可以被采纳为实物证据（exhibit），并且比其他证人的口头证言具有更大的影响力。

7. 如果法官想知道这份证据，那它就具有可采性

无论法律规则怎么规定，只要法官真的对某个特定证据感兴趣，那么它就具有可采性。

这就是我们为什么有无害错误原则的一个原因，这样法官就可以满足自己的好奇心。此外，如果初审法庭对此非常有兴趣，那么上诉法庭对此感兴趣的可能性就很大。

安格斯说完的时候，我环顾四周想看看塔克·菲利普斯的表情，可是他已经走了。他坐过的地方放了一张 10 美元的钞票。

“这个，”安格斯说，“是间接证据（circumstantial evidence）。”

“不对，”安格斯拿起这张 10 美元的钞票说，“这是自认。”

第 27 章 证明关联性

就像在观看一场关于如何败诉的专题研讨会。几乎每次公诉人提出一项新的证据，辩护律师都会跳起来抗议"这份证据会引起极大的偏见"。法官没有保持他应有的耐心，他显然已经听腻了偏见这个词，多年前它就已经变得毫无意义了。针对每一次异议，法官都警觉地回应"反对无效"。

年轻的律师坐在法庭的后排，旁听这次开庭审理。在他看来，辩护律师似乎一直在传递错误信号。只要证据对控诉方有很大的价值，辩护律师都会提出异议，说它会带来对被告人的偏见。他的抗议对法官来说就像是一种确认（如果他不抗议的话，法官似乎不会密切关注），该证据肯定具有关联性。当然，辩护律师每次提出异议的时候，陪审团也振作起来更仔细地倾听。

审理快结束的时候，辩护律师稍稍调整了一下策略。有一次他没有提出关于偏见的异议，而是说："法官大人，我看不出这个证据哪里有什么关联性。"接着，让辩护律师懊丧的是，法官向他（以及所有其他人）解释，这份证据如何表明了被告人有动机实施被控的犯罪行为。随后，辩护律师又回过头来以偏见为由提出异议。

不久以后，在法庭后排旁听了庭审的年轻律师总结出一些重要认识：

- 有些律师不明白关联性是怎么回事。
- 如果说偏见曾经是神奇咒语的话，那它现在已经失去了所有的魔力。
- 公开审理时提出对关联性的异议通常是个错误。

有些律师觉得关联性很复杂，这应该也不奇怪。他们从老师那里学习关联性时，老师的目的也许就是不把它（或者任何事情）说清楚。这个问题很复杂，尤其是从理论上理解它的时候。从注重实践的角度来认识关联性就会有所帮助，即便如此，它也有其难点。

- 关联性造成了"品格证据和弹劾"规则的扭曲。
- 关联性是科学证据（scientific evidence）背后真正的难题。
- 关联性的难度差不多只相当于传闻证据的一半。（回忆一下，传闻是法庭之外的陈述，提交它是为了证明其真实性。）通常，要弄清楚是否存在法庭外的陈述并不难。但是要说出提交它具体是为了证明什么，可能会非常棘手。如果你不信，可以试试做一做哈佛大学摩根教授为 1946 年夏季学期证据法课程出的考题，那是 75 个关于传闻证据的问题。——参见 J. 卡普兰和 J. 华尔兹的《证据法案例与材料》第 131～136 页（J. Kaplan and J. Waltz, *Cases and Materials on Evidence*, 5th ed., Foundation Press, 1984）。

关联性的作用

但是应该没有哪个题能难住你。一步一步地攻克关联性问题，难点就会慢慢消失。首

先要找到它的正确位置。

关联性实际上是间接证据的规则。虽然所有的证据都必须具备关联性才能被采纳，可是争议事实的直接证据从来都不会存在关联性问题。

举一个简单的刑事案件的例子。被告人被指控犯有谋杀罪。目击证人作证说她看见被告人向被害人开枪。这就不存在关联性问题，因为它不是间接证据。

现在来点小小的变化，提供的证据只能证明被告人在被害人被射杀的当天购买了一支枪，或者只能证明被告人在案发前两周刚刚回到城里。这时你手头的证据是间接证据，那么随之而来的就是关联性规则。

进一步讨论之前我们先来了解一下，间接证据提出了两个必须回答的问题：这个证据证明什么？它是如何证明的？换句话说，只要你提交间接证据，你就必须准备好回答它证明什么、如何证明这两个问题。这项任务对精确性要求很高。用卡车司机的不良驾驶记录来证明司机存在过失时，该证据不会被采纳。如果用这份记录来证明司机的雇主存在过失，他不应该让这个司机驾驶卡车，那么这份记录可以在法庭上使用。

关联性的实质

准备好说明你的证据证明什么、如何证明，这件事你只能自己完成，证据规则实际上帮不上什么忙。因为使证据具有证明价值（probative value）的情况链（chains of circumstance）变化无穷，所以法律甚至都没有试着去界定它们，法律只是规定，间接证据必须能够在某方面推进对问题的调查，才能具有可采性。正如《联邦证据规则》第 401 条所述：

> “具有关联性的证据”是指证据具有任何一种这样的倾向，使任何一项对诉讼裁决有影响的事实的存在，若有此证据比没有此证据时更有可能或更无可能。

请注意第 401 条没有提到任何关于证据重要性的问题。这是有意的，规则的起草者们有意不考虑其重要性。一些证据法学者曾经付出了很大的努力来教会学生们区分关联性（它是否推进问题的调查?）和重要性（它是否有助于证明争议事实?），然而在今天，这种练习大部分都已经被搁置了。为什么？因为关联性指的是，对争议问题调查的推进。按照《联邦证据规则》的界定，关联性中包含重要性。

此外，《联邦证据规则》非常支持可采性。第 402 条规定：

> 除《联邦宪法》、国会制定的法律、本法其他规则或者最高法院依其法定权力所制定的其他规则另有规定外，所有具有关联性的证据都具有可采性。不具有关联性的证据不具有可采性。

第 402 条使问题看起来简单一些：如果证据具有关联性，除其他规定将其排除以外，它就具有可采性；如果它不具有关联性就不具有可采性。可是问题并非如此简单。正是因为证据具有关联性，所以它才不能进入法庭。关联性规则的实质在于，法庭必须权衡证据的证明价值和妨碍其可采性的因素。这就是著名的关联性平衡。这一点规定在《联邦证据规则》第 403 条。

> 当不公正偏见、混淆争点或者误导陪审团的风险大幅超出证据的证明价值时，或者对不当延误、浪费时间或不必要地出示重复证据的顾虑大幅超出证据的证明价值时，证据虽然具有关联性也会被排除。

仔细看看这条规定。这一次，支持可采性的方式稍有不同。证明价值不必超出其他因素就可以使得证据可采。相反，妨碍因素必须超出证明价值才能阻止证据进入法庭。它们

不能只是使天平稍稍倾斜，根据第 403 条的规定，除妨碍因素大大超出证明价值的情形外，证据应当可采。

现在来看看第 403 条中不利于可采性的因素：

- 不公正偏见
- 混淆争点
- 误导陪审团
- 不当延误
- 浪费时间
- 不必要地出示重复证据

这些因素沿袭了普通法的规定，但有一个因素例外：突袭（surprise）。根据普通法的规定，突袭可以成为排除原本具有可采性的证据的理由。但是《联邦证据规则》第 403 条没有列出突袭。咨询委员会在对第 403 条的注解中承认，突袭可能会成为一个问题，但是它认为，正确的处理方式是批准延期审理，而不是排除证据。

这样说得通吗？“法官大人，这份证词可能有些证明价值，但是律师提供这份证词使我们措手不及，这非常不公正。如果您能给我们几天时间的延期来想办法应对这份证词的话，我们就会撤销异议。”很难想象任何州法官或联邦法官会对这个要求作出肯定的回应。

法官不会使用的救济措施就无法纠正任何错误。如果证据的问题是不公正突袭，法官应当能够据此排除证据，而不是限于批准延期审理的申请。咨询委员会的注解承认突袭可能是不公正的，既然排除证据才是正确的处理方式，那么这就应当足以让法官排除该证据。

问题在于偏见

突袭只是偶然现象，真正的问题在于偏见——不公正的偏见。法官们和律师们提到关联性平衡的时候，他们通常指的是，你如何在推进调查的可能性与不公正危害的可能性之间进行权衡。

现在对其语言解释一下。在多数美国人看来，偏见指一种不公正。我们倾向于把它理解成不公正的、无正当理由的预先判断。对许多人而言，不公正的偏见听起来太累赘。

但并非任何人都对公正作如此的理解。偏见也可以仅仅指损害，比如在这句话中：某人行为导致的后果是损害（prejudice）你的权利。这就是普通法和《联邦证据规则》在说到关联性平衡时所使用的偏见的含义。它不仅是指证据带来的危害。你提供的所有证据最终都会对自己的论证有利，同时也都会危害到对方的主张。只有当这种危害是不公正的时候，问题才得以产生。

这就解释了年轻律师旁听的案件中发生的事情。每次辩护律师喊出“偏见”时，法官听到的只是一句“哎呀”——辩方从未说过它为什么不公正。

你会说，可是等一等，为什么要责怪辩护律师呢？《联邦证据规则》第 403 条事实上正是使用的这个词——“不公正偏见”。这还不足以成为在法庭上使用这个词的理由吗？有时候法律要求我们念出魔法咒语才能得到正确的裁决：

“这是对 12 月 10 日当天第九大道和欧几里得路转角的公正、准确的再现吗？”

“对约翰逊先生的病情，你能否给出一个合理的医学可能性程度的意见？”

为什么不以同样的方式来使用“偏见”这个词呢？

赞成使用魔法咒语的一个理由（往往也有很好的理由不使用它们）是它们可能让法官

产生条件反射。看到繁文缛节使得诉讼之神们（gods of litigation）平静下来的时候，法官会很满意，这样他也许更容易判断出律师已经确立了完整的可采性事实基础，并且驳回对该证据的异议。

但是"不公正偏见"不具备这种魔力。它代表着这样一个结论：法官们坚持的裁定有更为具体的理由。

再等等，你说。提出具体的异议真的有用吗？如果证据的不公正性非常明显，那么说证据是存有偏见的应该不会有实际的危害吧？就像是提出概括异议（general objection）一样，只告诉法官你有异议，但没有说出为什么有异议。

这就是它的麻烦。概括异议是很危险的。如果被驳回，它们不会为上诉保留错误（preserve no error for appeal）。除此以外，如果你想要具有更强的说服力，那么你要做的就不仅仅是提出异议。就像提交证据的律师必须能够说出它能证明什么、如何证明，而对方则必须能够解释这份证据在哪方面存在不公正。为了做到这一点，有必要了解的是，不公正通常是指陪审团很可能错误运用这一证据，或者他们可能过于重视这一证据——无论在警诫指示（cautionary instruction）中法官如何交代他们。

以下这个例子将会有所帮助：

原告是一个摩托车手，在与一辆汽车的碰撞中受了伤。被告律师正在向事故的目击证人提问。事故发生的时候摩托车手身穿一件黑色的皮夹克，背后有一个巨大的用光亮金属钉组成的万字标志。

问：当时你有没有注意到摩托车手穿着什么衣服？

原告律师：反对，法官大人。有偏见。

被告律师：这是为了辨别身份，法官大人。

审判庭：反对无效。你可以回答这个问题。

答：嗯，他穿着一件那种黑色皮夹克，上面有那种带子——你们叫它什么来着，流苏肩章？——从肩膀一直延伸到脖子。他把手套塞在一个肩章底下。他夹克背后还有一个很大的纳粹万字标志。

原告律师：反对特性描述（characterization），法官大人。

审判庭：反对无效。

我们先简单点评一下，然后让原告律师重新来一次。被告律师知道关于万字标志的证词可能会招致异议，并且他已经准备好解释其关联性——"这是为了辨别身份，法官大人"，但是原告律师所做的只是喊了一声"哎呀"。于是证据进入法庭后，证人将它称为"纳粹万字标志"，原告知道（或者很快就会发现）陪审团无论如何是不会喜欢这个摩托车手了。既然陪审团听到了纳粹万字标志，律师只能承认，他们对其委托人仅有的一点同情心也烟消云散了。

那么他做了什么，申请审判无效（mistrial）？没有。他提出异议，说证人进行特性描述。显然他不喜欢纳粹这个词，但是他想就此罢手。

你可能对摩托车手和他的律师都没有太多的同情，但是既然他们能够帮助说明如何提出关联性异议这个重要问题，所以我们打算再给他们一次机会。

问：当时你有没有注意到摩托车手穿着什么衣服？

原告律师：反对，法官大人。被告律师的问题涉及一个重要的法律问题。我们可以到法官席上谈谈吗？

审判庭：可以。

原告律师（私下会议［sidebar conference］中）：法官大人，证人要作证说原告穿着一件背后带有万



字标志的夹克……

被告律师（打断原告律师）：这是为了辨别身份，法官大人。

原告律师：在这个案子中不存在真正的身份辨认问题，法官大人。在那个十字路口只有一个摩托车手，然后被告就撞倒了他。而这并不是因为他夹克背后的图案，法官大人。被告闯了红灯，撞上了原告的侧面。夹克背后的装饰图案很不得体，这一点没错，它是低级趣味。而这正是被告要将其作为证据提交到法庭的原因。

审判庭（对被告律师）：这份证据要证明什么样的身份辨认问题？

被告律师：呃，嗯，法官大人，对当事人的身份辨认一直都是需要证明的要素之一，所以我，呃……

审判庭：反对有效。

这说明了什么？这一次原告律师做好了准备，他解释了这份证据会产生什么样的危害。虽然只花了几秒钟的时间，但是奏效了。尽管如此，原告律师的所作所为比骑摩托车还危险，他等到开庭审理时才对这份可能毁了他整个案件的证据提出异议。

你应该怎么做呢？

庭审开始之前就提出庭前动议（motion in limine，开庭之前向法官提出的动议，请求法官排除或者采纳某项证据——译者注）。请求法官指令对方不询问有关原告夹克的任何问题，并且指示他的所有证人都不要提到这个。那么，如果律师违反庭前指令，法官极有可能会批准审判无效的申请。如果法官拒绝给出指令，那么原告至少知道开庭时他将要面对的问题是什么。

提出庭前动议的目的，就和庭审时提出异议一样，在于某些证据具有很大的危害性，以至于陪审团一旦听到它就无法挽救了。庭前动议特别适合陪审团容易不当使用的证据。

还有一些证据规则，其背后的理念是陪审团可能过于重视某份证据。以我们熟悉的“品格不证明行为”的规则为例。某人的超速驾驶记录不能证明这一次他超速了，对不对？但是你再想一想，最近几次超速记录很可能表明这个司机超速的情形相当多——只是作为一个可能性的问题，他这一次超速的可能性比别人更大。这份证据虽然有一些证明价值，但是存在的偏见更加具有危害性。这并不是说陪审团会不当使用这些证据，他们使用这一证据的目的完全正确。风险在于他们可能过于重视它，所以我们不让它进入法庭。

最后一个问题。每当你针对不公正偏见来说明证据的证明价值时，你是在要求法官去完成一项几乎不可能完成的任务。法官怎么能够把不公正偏见和证明价值进行比较呢？有没有一种容器侧面的刻度表能够将 4 磅的证明价值转换成 15 尔格的不公正偏见呢？正如一个不知名的英国法官曾经发表疑问：“你怎么能比较 1 蒲式耳的胡言乱语（horse feathers）和下个星期四之间的轻重？”

这个问题不是徒劳的哲学思考。每次你要求法官公平处理的时候，你就一步踏进了不可预估的司法自由裁量领域。尽可能适用已经很完善的规则，这才是一个好主意。

有很多关联性规则都有非常确定的适用方法，在这种情况下法官就没有很大的空间来偏向这一方或那一方。就是像品格证据、习惯、保险、后续修理等这样的问题——在这些规则之下，证明价值和不公正偏见之间的平衡问题早已解决。

可预测性非常可贵。虽然你必须知道怎样去说服法官某种危害是不公正的，但是，不到万不得已，还是尽量不要这样做。

第28章 开门规则

被告律师在玩弄一种手段，他进行的论证存在不正当的地方。处理这个问题的时候，选择时机是最重要的。原告律师需要掌握的诀窍在于，知道要在什么时候提出异议。

被告是一个脊椎按摩治疗师，他的诊疗台有缺陷，坍塌过两次。第三次垮塌下来的时候，把原告纳普太太掀翻在地——伤到了她本来就有问题的脊椎。被告律师的论证存在不当之处，他隐约地暗示这个74岁的脊椎按摩治疗师——萨格斯医生——不得不自己赔付所有的费用，因为他已经退休了。

当然，在这个案件中有保险——至少有三份保险单——但是原告律师知道保险是不可采的证据——即便是在陪审团面前提到"保险"这个词，也会构成"可撤销判决的错误"(reversible error)。

被告律师说，向这个已经退休的人提出这样的损害赔偿要求并且穷追不舍，这是多么不公平，这时候原告律师开始采取行动：

法官大人，我反对。被告律师正试图暗示这个医生不得不自己支付损害赔偿金，但是事实是，他不必从自己的口袋里拿出一分钱来赔偿原告的损失。

法官：反对有效！我正在想你打算什么时候提出异议呢。（对被告律师和陪审团说）被告律师所说的话不妥当，并且具有误导作用。我指示陪审团不要考虑被告律师的暗示。被告律师，你要保持论证的正当性。

尽管原告律师没有使用"保险"这个词，但是他提出的异议让人们知道了他想要说的内容。而且这绝对是正当的，因为被告律师的论证为原本不该发表的意见打开了门。

打开门的含义就是：以毒攻毒。某件事情的发生，使得（一方当事人）可以使用原本不能使用的证据或者理由进行反击。

学者们对此有一个拗口的术语"矫正可采性"(curative admissibility)，这不足为奇。(See 1 Wigmore, Evidence Sec. 15.)

但是初审律师们将其称之为"开门规则"，这个说法也许更好。

原因很简单。矫正可采性解决的问题是，不当证据的运用使得（一方当事人）可以使用其他不当证据来回击。但是开门规则更宽泛，初审律师们用它来表示某件事导致原本不可采的证据变得可采了。如果你问二者之间的区别在哪儿，以下就是：

学者们讨论矫正可采性时是指非法证据导致其他非法证据可以被采纳。但是法律中到处都是完全合法的证据为原本不可采的反证(rebuttal)打开门的情形。

举个例子来说明一下二者的区别。

被告人被指控入室盗窃。因为他有三次入室盗窃和持械抢劫的前科，所以他自己没有站到证人席上作证，而是传唤他的母亲作为他的不在场证人。她作证说她儿子不可能实施这次犯罪，因为那晚他在家看电视。

律师谨慎地吩咐她，除了说他儿子那晚所做的事以外，不要谈任何其他事情。绝对不要提到她儿子是什么样的人。但是在证人席上，她还是忍不住加了一句："另外，他是个很好的孩子，总是照顾我。他绝对不会做那种事。"

这是关于矫正可采性的例子吗？

当然不是。

她的证言没有任何问题。虽然从战术上而言，她的证言会导致惨败，但是从法律上而言，该证言是正当的。刑事案件被告人可以用他的品格来辩护（《联邦证据规则》第404（a）（1）条）。《联邦证据规则》第405（a）条明确允许使用可采的意见证据来证明一个人的品格。

既然不是不当的证据，那么就不必用非法证据来反驳其他非法证据。

但是它打开门了吗？

当然。

被告人"把他的品格问题提了出来"。母亲的证言是可采的，表明她儿子不是那种会实施这个犯罪的人。这类关于品格的证言在民事诉讼中通常是不可采的——除了殴打案件以外，在这类案件中，当事人是个性平和还是有暴力倾向，这一点尤其重要。但是在刑事案件中，我们容许被告人做民事诉讼当事人不能做的事。我们允许他们提供良好品格的证据来证明他们不会犯所指控的罪。

但是代价是高昂的，并且一眼就能看到它高昂的代价。

被告人提出自己的品格情况之后，控诉方就可以向品格证人交叉询问被告人的犯罪记录。此外，控诉方还可以传唤自己的品格证人出庭作证，说明被告人的品格问题。（《联邦证据规则》第404（a）（1）条）

换句话说，它打开了门。

在讨论开门规则的其他问题之前，让我们来看看刚才这个案子。对于这个被告人——他好意的母亲刚刚把这个案子给搅黄了——已经无法挽救了吗？也许还有办法吧。假设两种不同的情形。

第一种情形：

问：莫里斯女士，告诉我们，那天晚上你儿子做了什么？

答：他整晚都在家陪我。我们当时在看电视。另外，他是个很好的孩子，总是照顾我。他绝对不会做那种事。

她打开门的那一部分回答不是对问题的回应。如果辩护律师保持警觉的话，他能够以此为由去掉这部分多余的信息。这将会再次把门关上。但是等一下，提问的律师可以请求把非回应性的回话去掉吗？实际上，提问人才是唯一可以提出此类异议的人。（*Hester v. Goldsbury*，64 Ill. App. 2d 66，212 N. E. 2d 316（1965）.）

第二种情形：

问：莫里斯女士，告诉我们，你为什么说你儿子无罪？

答：他整晚都在家陪我。我们当时在看电视。另外，他是个很好的孩子，总是照顾我。他绝对不会做那种事。

同样的回答，不同的提问方式。但是现在的回答是对问题的回应，于是被告人就无法脱身了。

这就是开门规则，而矫正可采性是不同的。

矫正可采性是用不当证据来为其他不当证据打开门。因为"非法证据"——有时真的

会引起偏见的证据——由法庭来处理，有时法庭不愿意使用那些能够普遍适用的简单规则。

尽管初审法官有相当大的自由裁量权（不足为奇），而且上诉法院往往是根据具体案件来解决这个问题的，然而麦科密克还是认为这个问题的裁决有四种基本形式：

1. 当不当证据不会产生偏见，也不会对案件产生决定性的影响时，（为了节约时间和避免混乱）法官会拒绝让对方作出反应。

2. 如果不当证据具有关联性并且有害——或者不具有关联性但是会引起偏见——而辩护律师已经正确地提出了异议，他应当同样享有对该证据作出回应的权利。他试图预防错误的发生，那么他也应该有机会对付那份不当证据，以保持审判的公平。

3. 辩护律师没有提出异议时，回应证据的权利就无法保障了。有些案例中认为法庭应该考虑向律师作出警示性提示，而另外一些案例则表示让辩护律师自己去回应。

4. 但是，如果不当证据具有很强的偏见，以至于去除该证据的异议或者动议都不能消除它所带来的危害，那么有些案例表示，无论辩护律师是否提出异议，都会赋予辩护律师以回应的权利。（See generally，*McCormick on Evidence* Sec. 57（d ed. 1984）.）

不当证据或者行为，是不是总能成为让对方采取相同方式来对付的理由，法庭感到这个问题不那么容易处理。看看联邦最高法院在处理“美国诉杨”一案中所遇到的麻烦。（*United State v. Young*，470 U. S. 1（1985）.）

比利·G·杨被指控在燃油中进行添加以冒充原油——这个行为违反了多项联邦法规。

在法庭最后陈述（final argument）时，杨的律师显得过于兴奋。他采用的辩诉手法是攻击控诉方——这也不是什么新鲜事。他指责控诉方不公平，甚至暗示控诉方隐瞒了可以证明杨无罪的证据，但他并没有就此罢休，最后，杨的律师指着公诉人席位说：“我认为这个法庭里没有一个人，包括坐在这个席位上的人，认为比利·杨有欺诈 Apco 公司的故意。”

控诉方没有提出异议。

直到轮到他反驳的时候他才说话。他说：“我认为（辩护律师）说在这个席位上就座的没有一个人认为杨先生有欺诈 Apco 公司的故意，呃，我坐在这儿，但是我认为他有此意图。我认为他从他运输的 117250.91 桶油中每桶获利 85 美分，而且他们从中的每一分获利，他都能拿到 1%。所以，我认为他有此故意。既然问到我，我就可以给出个人意见。”

控诉方也没有就此罢手。他还用个人观点维护了控诉方的纯洁性（integrity）。

辩护律师没有提出异议。

但是杨在上诉中指出，控诉方提到了他个人对其事业正义性的信仰，这属于不当言论，并且违背了职业道德。

上诉法院撤销了对杨的有罪判决，理由是控诉方的言论太糟糕，构成明显错误（plain error）——这是唯一行之有效的方法，能够避免辩护律师没有提出异议的不利后果。上诉法院被公诉人自行其是的反击惹恼了。“在这个巡回区里，规则很清楚，对方律师的不当行为理应通过向法庭提出异议来反驳，而不是用同样不当的回应来对付。”（736 F. 2d 565，570（10th Cir. 1983）.）

最高法院也不喜欢这样。首席法官伯格指出：“这份记录中记载的这种辩护术（advocacy）不应该在司法领域中有一席之地，既不能容许，更不能奖励。”

控诉方的回应真的有那么糟糕吗？如果有的话，那当然构成明显错误。但是最高法院裁定它不构成明显错误。在杂乱无章的长篇大论中——这是过去 20 年中最高法院法律意



见的显著特征——最高法院以5∶4的结果维持了杨的有罪判决。

这个结果比分析说理或者豪言壮语更有意义。谈到个人对其事业正义性的信仰是不当的，但是如果这是由对方挑起来的错误，那么就是这样了。从对抗式诉讼的角度来看，我们看到局势最终没有保持适当的平衡，我们看到的是最高法院似乎支持了一个令人惊讶的观点——初审法官的指示可以消除辩护律师不当挑衅的害处。

因此，矫正可采性有时候很难把握。但是在你最需要的时候——审判的过程中——你想一想开门规则，而不是去想某个特定事实是否符合矫正可采性的要求，它能够帮助拓宽并且简化分析。而且往往结果也会在你的意料之中。

偏　见

原告过马路取了一份比萨之后，往回穿过马路时被一辆汽车撞倒。原告在医院时，被告的保险代理人从原告那里拿到了一份书面陈述（statement）。

保险合同通常不能被采纳为证据。如果被告仅仅是在交叉询问原告的过程中使用该书面陈述——并且原告承认是他作出的陈述——那么保险合同仍然不会在本案的审理过程中出现。

但是，如果原告对陈述的准确性提出异议，而且被告传唤其保险调查人出庭作证，说明这份陈述是正确的，那么这个调查人的身份此时便成为了争点——不是为了证明责任归属，而是为了说明证人席上的证人存在偏见。（*O'Donnell v. Bachelor*，429 Pa. 498，240 A. 2d 484（1968）.）传唤调查人出庭作证，则为保险合同进入法庭打开了门。

有些法庭的做法没有这么复杂，它们只是让陪审团知道这个调查人“受雇于被告人的一个代理人”。其目的在于，采纳存在偏见的事实，但是不让陪审团知道由保险公司来支付判决的赔偿金。这种做法的问题在于，保险合同容易说明证人偏见的程度。

完整性规则

几乎每个州都有与《联邦证据规则》第106条差不多的规定：“一方当事人提交一份书面材料、陈述记录或者此类材料中的部分内容时，为公平起见，对方当事人可以要求他同时提交应当一并考虑的这些材料的任何其他部分、任何其他书面材料或者陈述记录。”

该规则主要的意义在于，书面材料的一部分可能会为其他某些部分、甚至为其他书面材料打开门。提交某物的一部分可能会为其余部分打开门。

这条规则让人惊讶的地方在于，它承认反驳（rebuttal）有时是不够的。你不用等到两周或两个月以后轮到你提交证据的时候再进行反驳，因为完整性规则使你能够迫使对方在提交他想要的证据的同时也提交出你的反证。这一点需要记住。

前　科

通常情况下控诉方无权提交被告人的先前定罪记录（prior convictions）作为证据。有五次纵火烧毁粮仓记录的纵火犯无须担心此前的犯罪记录，他需要考虑的只是能够证明他这次放火烧掉这个粮仓的证据。但是，如果他出庭作证，那么就为前科证据打开了门。

为什么呢？

他作为证人时就存在证人的可信度问题，而现在前科证据和他的可信度就具有关联性

了。根据《联邦证据规则》第609条，前科必须是欺诈类的犯罪记录或者是其证明价值大于对被告人偏见的重罪记录。而且按照《联邦证据规则》，必须是10年之内的前科。

传闻证据

提交传闻证据的时候，证人席上的证人往往不是我们要考虑其可信度的那个人。当然，你可以交叉询问法庭上的证人，但是对于这句话的陈述人——他所说的话被转述出来以证明其内容的真实性——又该怎么办呢？

传闻证据打开了门（《联邦证据规则》第806条）。原陈述人的可信度可能会遭到攻击（然后可以再次树立其可信度），就好像他在本案中作为证人出庭作证一样。如果传闻陈述和此前矛盾的陈述（prior inconsistent statement）前后不一致，则不必（谢天谢地）用不一致之处与原陈述人对质。

死者的反驳

古老的"死者法令"（Deadman's Statute），禁止有利害关系的人就他与已故之人进行的交易（transaction）提供口头证词。这条规则建立在对平等概念的肤浅的理解上："死亡已经封住了交易中一方当事人的嘴，那么法律就要封住另一方的嘴。"

有些州不喜欢这个规则并且很少使用它，但是另外一些州却对它所涵盖的内容进行了扩大解释。有的州甚至把车祸以及由此而引起的陈述也称之为"交易"。

许多州废除了死者法令，采用了新的《联邦证据规则》中的相关内容。因此死者的陈述可以进入法庭，活着的一方可以就这一内容作证。

由于担心欺诈行为，俄亥俄州制定了一项新规则。有利害关系的人出庭就相关交易作证时，便为死者的其他陈述打开了门，尽管这些陈述在通常情况下是不具备可采性的传闻证据（《俄亥俄州证据规则》第804（b）（5）条）。虽然这是俄亥俄州通过规则制定的法律，但是其他司法管辖区也可以通过普通法的发展或者《联邦证据规则》第807条传闻证据例外的兜底条款来采纳这项规则。

供 述

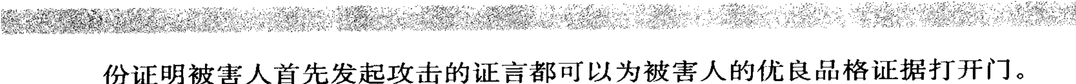
警察由于疏忽，忘了正确地向被告人宣读他的权利。因此他的供述不具有可采性。

但是如果被告人走上证人席，作证说自己无罪，那么这就为供述打开了门，控诉方可以使用供述来弹劾作为证人的被告人。（*Harris v. New York*，401 U. S. 222（1971）.）

被害人的品格

以自我防卫（self-defense）为理由进行辩护的被告人可能会提供关于被害人的证言来证明其主张。有两种方式可以完成这种证明。第一，被害人的暴力倾向可以证明是被害人挑起了搏斗。第二，如果被告人了解被害人的品格，他可能会认为自己需要用强劲的力量才能保护自己。

无论哪一种方式，被害人的品格都为控诉方的反驳——表明被害人有性格平和的名声——打开了门。根据《联邦证据规则》第404（a）（2）条的规定，在杀人案中，任何一



份证明被害人首先发起攻击的证言都可以为被害人的优良品格证据打开门。

维修记录

从逻辑上来说，维修行为是对某件物品需要修理的一种承认。但是我们希望可能成为被告的人把东西修理好，而不用顾虑维修行为可能会成为法庭上不利于他们的证据。否则，楼梯、变速器或者关闭闸就有可能得不到修理，最后可能会有更多的人受到伤害。因此，我们确立一项规则，使得维修记录不具有可采性。

仅仅声称存在缺陷，并不能为维修记录打开门——但是很多答辩内容却可以为维修记录打开门。按照《联邦证据规则》第407条的规定，如果“遭到驳斥或者弹劾”的话，可以采纳后期补救措施作为证据来证明“所有权、控制权或者预防措施的可行性”。

这就意味着如果被告律师只是在开庭陈述（opening statement）中提到，被告人在养护楼梯时“尽力做到最好”了，这就足以为后期维修记录打开门。

攻击可信度

任何证人只要一走上证人席，就有一扇重要的门打开了。此时他的可信任程度就有可能受到质疑。而且把握时机非常重要。一个证人只有作为证人时，才能质疑他的可信度。

出于同样的理由，只有受到攻击以后，才能再次确立证人的可信度。这是一项需要把握时机的规则。这很容易，但是令人吃惊的是，律师们和法官们经常记不住。

同样重要的问题是，一方进行了某种攻击之后会发生什么事。假设在交叉询问过程中律师表示，随着事情的发展，证人编造了证言。今天在法庭上证人说当时是红灯。而在开庭前他却说当时是绿灯。交叉询问人指出上个月发生了一件事，暗示是这件事让证人改变了证言。

这可能是有效的交叉询问。这也可能为此前矛盾的陈述——证人说当时是绿灯——打开门，就好像他是在直接询问时说出来的一样。

在普通法上，此前的陈述不能被采纳来用于证明它自身的真实性，因为它只能用来证明证人的可信度。

根据《联邦证据规则》第801（d）（1）（B）条的规定，提交此前一致的陈述（prior consistent statement）来反驳证人作伪证的——暗示的或者明示的——指责时，这份陈述甚至可以被采纳来证明其内容的真实性。它表现出来的想法是，既然证人已经站在证人席上，可以就此事对其进行交叉询问，我们不妨也让此前一致的陈述被采纳为证据，而无须法官向陪审团作出原本就难以理解的指示。

证人的准备

用证人自己的语言为出庭作证做准备是有道理的。它可以保持前后一致。用来帮助证人做好准备的陈述可以向对方开示，这也是有道理的。

但是其他的陈述呢——比如律师写的备忘录，它能反映出通常所说的“工作成果”（work product），或者又如另一个证人的陈述吗？

用任何陈述帮助证人做好准备都会使得门户大开——可以开示、可以在交叉询问中使用该书面材料、甚至可以将书面材料的相关部分提交为证据。（《联邦证据规则》第612条）

自己动手

现在暂且往后退回一步。如果你回顾一下这些开门规则的例子，你就会发现多数规则都说明了，对方的行为给你的证据打开门之后会发生什么事情。如果你不够细心的话，它们可能就像是对一系列小规则的解释，知道这些小规则很好，但是它们在证据法中比较零散。

如果理解这些规则，有一种更好的方式。

它们都是关联性规则的内容。开门规则背后的理念在于，此前不具有关联性的东西现在具备关联性了。当你用这种方式看待开门规则时，你对它的理解会变得更加富有创造性。你会突然想到，其实不必非得等待对手来开门，有时候你也可以自己动手：

- 原告，你的委托人被一个喝醉酒的卡车司机撞伤，这个司机有醉酒驾驶的记录。如果你以司机的过失为理由起诉卡车公司，他的醉酒驾驶记录将不具有可采性。一般来说，你不能用一个人的品格来证明他这次也会这样做。

  但是如果你以过失委托车辆给一个理应知道不可靠的人为由起诉卡车公司的话，那么你就为他的驾车记录打开了门。（*See Snowhite v. State*，243 Md. 291，221 A. 2d 342 (1968) .）
- 如果你按照严格责任原则来处理产品责任案，那么，能够证明在制造产品过程中存在过失的证据，通常不具有关联性。但是，如果你同时把过失作为理由，那么你就为证明存在过错打开了门——过错是影响案件结果的一个重要的主观因素。

如果你从更宽泛的意义上看待开门规则的话，你也会想到，可以通过自己的行为把门关上。

- 你是一个雇主的委托代理人，他有一个多嘴多舌的雇员，就是他开着卡车把原告撞伤了。根据《联邦证据规则》，雇员就其职责范围内之事——在雇佣关系存续期间——作出的陈述，可以作为自认被采纳为证据。（第 801(d)(2) 条）因此，如果被告人解雇了他的雇员，这就关上了门，就不会产生更多的自认。（但是在另一方面，解雇这个雇员必然会使法庭上出现一个非常不合作的证人。）
- 你是一起人身伤害案件中被告的委托代理人，责任很清楚，但损害赔偿存在争议。如果你承认己方的责任，通常就会关上证明过错责任的门——否则证明过错时的情感因素就有可能会被用作增加损害赔偿金的手段。但是另一方面，如果原告要求惩罚性赔偿（punitive damage），这将会再次打开证明过错责任的门，因为行为过错的程度与惩罚性赔偿相关。

再退回一步，所有这些意味着什么呢？这很可能意味着，开门规则是帮助初审律师理解证据法的有效方法。

第29章 让证据进入法庭

布兰布尔法官又回到了法庭。迈尔斯·韦尔伯恩·布兰布尔是普通法院（the Court of Common Pleas）的法官，退休后自己开了一家名为“诉讼专营店”（litigation boutique）的律师事务所，这时他是一个产品责任案中制造商的被告委托代理人。这天下午，这个曾经折磨过我们的本地初审法官正在办理他成为律师以来的第二个案子，我们这一群人就顺路去法院旁听了一下。

我不知道庭审后来的情形怎么样了，但是我在那里的时候，布兰布尔无疑出了一些问题。他设法确立一份业务记录的可采性事实基础，结果弄得一团糟，后来放弃了让这份证据被采纳的想法，他说他会通过另外一个证人来弥补。不久，他的对手提出各种异议让他的另外四份文书又被排除在证据之外，布兰布尔对此很不开心。

离开法院之后，我们一直在讨论这件事。“我当时想，对于一个退休的法官，在证据问题裁定上应该行一点‘方便’。”迈克·皮列利说。

“布兰布尔绝对不是我很喜欢的法官，”安格斯说，“不过我真的有点为他感到难过。”

“我不觉得，”迈拉·赫伯特说，他是本地法律界的政客，“我认为这证明了正义还是存在的。发生在布兰布尔身上的事情并不比他无数次对我所做的事情更糟糕。这正是恶有恶报，我说得对吧，不是吗？”

接着麦科密克对我说：“对此你怎么看，吉米？”

“布兰布尔的聪明才智足以让所有那些文书被采纳为证据，”我说，“我想事情会弄成这样是因为蒙戈控制了案子。”

“什么意思？”里吉斯说。

“布兰布尔的情绪妨碍了一切，”我说，“他内心的野蛮——我管它叫蒙戈——开始和法官争辩，它试图让证据可采，但做得很差劲。”

“但是布兰布尔有那么丰富的法庭经验，”里吉斯说，“怎么还会发生这种事呢？”

这时安格斯加入进来，“自我控制是出庭时最困难的事情之一，”他说，“多年以来，布兰布尔坐在高高在上的法官席上说‘青蛙’，然后看着所有的律师学蛙跳，他已经忘了在下面的水池里应该怎样生活。”

“那么你有没有什么办法可以让我们避免这样的麻烦吗？”迈拉说。

“我希望他有，”我说，“不过，还是等我们到了咖啡厅再让他说吧。我有一个专栏要写，我得做一下笔记。”

我们到了前街的“牧民商人全国第一咖啡和甜面圈店”之后，我再次提出布兰布尔遇到的证据问题。

安格斯说：“知道怎么让证据被采纳是你需要培养的众多重要的技能之一。胜诉的时机在于初审——而不是上诉审，因为即使法官的裁决错得离谱，也很可能无法在上诉审中

撤销它。无害错误原则就意味着只有在判决明显不公平时，上诉法院才会有所行动。

“但是如果这个初审法官在向陪审团进行指示的时候犯了一个类似的错误（comparable error），那么上诉法院很可能会撤销原判决，而无须真正去考虑这个错误有没有实际影响到判决结果。”

“所以关键就在于，学会如何说服初审法官，对吧？”迈拉说，“告诉我们哪里卖‘说服法官万能药水’，我要买一整箱，我需要它。我好像在很多法官面前都有点金成石的效果。”

“实际上，你仔细想一想，”安格斯说，“你会发现，对于法官来说，关于证据可采性问题的精彩论证与其他任何一种具有说服力的论证拥有同样的要素。你必须有一个可靠的信息来源——这就是你自己；一个可信的故事——证明存在正确可采性事实基础的可信的事实；还有一些错误需要纠正——证明把这个证据排除在法庭之外是不公平的（如果你反对采纳它，那么就证明让证据进入法庭为何会不公平）。除此之外，如果你所说的话能够让法官直观地明白这个证据将如何影响审判，那么对你就会有所帮助。”

“嘿，”迈拉说，“这很不错，不过你这方法听起来似乎需要我用脑子的地方太多。我需要的是一串魔法咒语，它们会让法官作出对我有利的裁决，而我和他都不需要动脑筋。”

“提交证据时说‘很显然，不采纳这份证据是一个带有偏见的错误，它对整个案件都很关键’，或者试图排除证据时说‘哦，法官大人，这显然存在不公正的偏见，它只会迷惑和误导陪审团’——你是指像这样的话吗？”安格斯说。

“听起来很适合我。”迈拉说。

“你会不想使用这些话的，”安格斯说，“这正是布兰布尔所说的话。这样的套话几乎没有什么意义。前一句话实际上说的是，‘法官，请采纳它吧，它对我的案子很重要’，而后一句真正的含义是，‘拜托，法官大人，这东西会对我不利’——而没有说出它怎么会对你不利。”

“我明白你的意思了，”迈拉说，“但是怎么做才是正确的，一定是有一些办法吧。”

“确实有。”安格斯说。这时我就开始做笔记了。

让证据在开庭前被采纳

在法官议事室里坐着讨论证据比你出庭站在法庭上评议证据要容易。第一，没有像法庭上那样的表演压力——对法官和律师们来说都没有。你可以更自在地谈论证据，法官也可以像你一样更自如地提出问题并且说明他/她的观点。在论证时最有价值的事情之一便是知道你试图说服的那个人在顾虑什么。

第二，审前阶段让证据被采纳的证明责任实际上是倒置的。“等一会儿，”你会说，“审前和开庭时的规则是一样的。”

理论上是这样，没错，但实践中并非如此。假设你想要将一份业务记录提交为证据。除非这份记录有不同寻常之处，否则法官不会让你在审前会议中完成可采性事实基础的所有要素的证明。相反，法官会转过头向你的对手说：“你对这份记录的异议是什么？”

此时，责任就转移到另一个律师身上了，他要给出合适的理由来阻止这份实物证据被采纳。如果他的回答仅仅是：“法官大人，我们认为原告应该确立相应的可采性事实基础的所有要素。”法官很可能会轻蔑地哼一下，然后说：“这份记录被采纳了。”

但是另一方面，在开庭过程中，你站起来提交一份业务记录而不确立其事实基础，那么对方的异议将会立即得到法官的支持。此外，法官很可能还会在陪审团面前斥责你。



你在审前阶段讨论采纳证据的问题时，常用的繁文缛节会被撇在一边。而在开庭过程中，你必须做好循规蹈矩的准备。

使用检查清单

使用这个方法有许多好处。

第一，检查清单（check list）能帮你避免麻烦。每次你需要确立的可采性事实基础不止一个要素的时候，那么发生遗漏的可能性也就会增加。碰到像业务记录或者违背自我利益的陈述（declaration against interest）这样复杂的证据时，你遗漏掉可采性事实基础中重要内容的概率不仅仅是可能，而是变得很有可能了。

第二，你照着记录本来确立事实基础的时候，会产生一个良好的印象。这意味着这个律师知道她要做什么。记住，有说服力的论证的首要因素是有一个可靠的信息来源。你使用检查清单的时候，就表达了你既仔细又能干的信息。

第三，检查清单可以把大家等待你思考的空闲时间（dead time）缩减到最短——在这令人讨厌的停顿期间，所有人的注意力都会游离，法官和陪审团也会因为得无所事事地坐在那里而变得不耐烦。

第四，检查清单会给法官提供正确的法律框架。当你把证据规则的各个要素握在手中的时候，你的对手却在信口开河，你就占了优势。你甚至可以把检查清单呈给法官（尤其是这上面写有实际规则和可采性事实基础的各要素时）。

向法官论证而不是争论

有些律师会这样做，因为在审判中，你应该向法官表达你的观点——而不是向对方律师。由于没有其他人可以争论，他们就和法官争论。

还有的人从一开始就很本能地好斗，甚至在他们不需要这样的时候也这样，或者认为法官发表的言论、提出的问题是在威胁他们的立场。

但是，无论出于什么原因，律师不是向法官论证而是开始和法官争论时，他们之间的人际关系就变得很有意思了，法官就会开始反驳。和法官争论就会迫使他/她站在你的对立面。

这就让对方的观点成为法官的观点——而人们赞同自己的观点。换句话说，这就意味着在这一点上你输了。

能够赞成法官的时候就赞成他

这不是让你去迎合、奉承、谄媚，也不是让你嘟囔着讨好法官。它的意思是，你从某个有意义的与法官观点相契合的问题开始谈，那么你试图说服的这个人倾听你说话内容的可能性就会更大。

这有时候也不容易。有些法官很难对付而且固执己见，所以要找到一个共同点来开场还真要费些工夫。但是总是有共同点的。你的优势在于能够在进入法庭之前研究这个你要说服的人。

肯定并尊重别人的价值观及想法可以让你变得通情达理，同时最终也使你的观点更容易被接受。

假设你有一份业务记录，因为它是为了诉讼的目的而制作的，所以不具有可采性。后来你意识到制作这份记录的人可以出庭作证——但是很可能无法回忆起文件中包含的所有内容。因此你可以把它当做过去记录的回忆（past recollection recorded）来确立其可采性事实基础，并将这份文书提交为证据。

对方律师提出异议，这正如你所料。"不公平，"他说，"这份文书是业务记录，无论律师把它称作什么，法律都保护我们免受以诉讼为目的而制作的不可靠记录的攻击。"

接着法官采纳了对方的观点。"律师，"她对你说，"就我所知，有一条具体的规则禁止采纳专门针对将要发生的诉讼而制作的文书。为什么把业务记录叫成别的东西就能够让你规避该规则所提供的保护呢?"

看看以下两种回答怎么样。

第一种："法官大人完全没有抓住要点。这个'针对诉讼而制作'的规则只适用于业务记录。它不适用于过去记录的回忆，而且它从未适用于这类证据过。既然我将它作为过去记录的回忆提交出来，那么这条规则和它就完全没有关系，因此这个文件具有可采性。当然作为业务记录它是不具有可采性的，作为临终遗言也不具有可采性，但那又能怎么样呢?"

第二种："我认为，这是当事人在知道可能引发诉讼后制作的文书，法官大人对这一点的顾虑是正确的。我们把带有偏见的文书排除在外，是因为我们很难对一张纸进行交叉询问。但是我们并没有阻止可能存有偏见的证人出庭作证。而且这份文书的制作者已经站在证人席上，准备接受被告方尽情的交叉询问。"

用描述性语言让你的想法变得生动起来

看看惯用的证据用语在你想要说服别人的时候是多么无力。"法官大人，试图用品格证据来证明一个人的品性，这是完全不正当的。"像这样的话没有描绘出不公平的景象。

相反，如果你尝试说："你看看他们在干什么，法官大人。他们不是用本案所指控的事实来证明罗林斯女士有罪，而是试图用她所做过的其他事情来证明罗林斯女士有罪。"

这句话为什么会有更大的作用呢？它没有华丽的辞藻、震慑的形容词、凛然的副词——它只是一个简单的语言描述。

语言描述很重要。因为大脑的70%都用来理解视觉形象，值得你尽可能去利用大脑的这个部分。有个名叫戈登·鲍尔斯的研究者做了一系列测试，它们告诉人们要尽力把自己阅读的内容形象化，这可以使他们的理解力和记忆力提高将近50%。

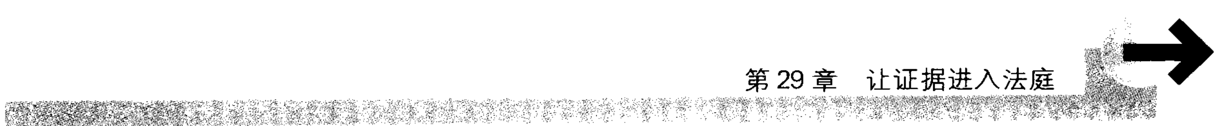
按法官的方式做事

法官可能是对的，法官也可能是错的，但是法官永远是法官。因此，假设你要将一句激情陈述（excited utterance）提交为证据时，法官说："你要把它作为行为的一部分（res gestae）来提交吗?"

此时，不要去纠正法官的见解，也不要去解释说，整个法律学术界都在嘲笑"本能表达"的规则，而且你所在的州最高法院已经有30年没有使用过这个术语了。

偏见有利于可采性

对方试图让你的证据不被采纳，声称证据可能带来的不公平偏见超出其证明价值，这



时候就会发生一件有趣的事。

法官当然认为她手里握着一个不偏不倚的天平，它会用一方论证的分量来衡量另一方的论证。

但操作起来并不是这样的。根据《联邦证据规则》第403条，如果你的证据具有关联性，它就可以被采纳，除非它带来不公平偏见的风险“大幅超出”其证明价值。

你需要提醒法官，竞赛环境特意设置为不平衡的。但是要在合适的时间说出来——通常是在对方提到“不公平的偏见”之后。

这时你就应该说：“当然，有可能有人会错误地运用这个证据——但是仅存在可能性还不够，法官大人。这种风险必须是‘大幅超出’证明价值。而且这个证据是要证明行为动机的。它能说明为什么制造商有经济上的理由来掩盖这些安全测试的结果。让他们对陪审团隐瞒其掩盖行为是不合理的。”

记住有限可采性

采纳一份证据是为了证明某个事实，但它不会证明其他事实，采纳一份证据是为了反驳一方当事人，但它不会反驳另一方，这些是证据法中随处可见的情形。这样做的意义在于让你的证据能进入法庭审判，让陪审团能听到你的这一部分论证。至于它进入法庭审判是“为了证明自身的真实性”还是“仅仅为了弹劾证人的可信度”，通常不会有什么区别。

证明观点时使用简短便笺

向法官呈递一份长达20页的陈辩书（brief）是对他的一种打击，所传达的意思是：“我知道你现在不可能去看。你从陈辩书的长度能够看出来，这是一个难点，但依据我所提供的两种方案就可以轻松解决。我如此出色地完成了我的家庭作业，请奖励我吧。”

给法官的陈辩书只包含一个段落，其中引用一个可适用于本案的判例（controlling case），它的意思是：“这就是正确的裁决方式。”

做记录

在上诉中不大可能推翻不利的证据裁定，即便如此，做记录仍然有很多好处。第一，它显示出你在办理案件时对细节的把握能力，这会使得法官不敢去敷衍你。

第二，即使你不说，这也会提醒法官，还有一个上诉法院的存在。

第三，这给法官一个推翻他自己裁定，而仍然不会颜面尽失的机会。“既然在你的提议中已经清楚明了地说明了这份证据的目的，律师，我决定这份证据可采，但其证明目的仅限于表明被告人接到了半导体价格下跌的通知。”

（相对于“噢，我现在明白了”而言，这是一种挽救颜面的说法。）

记住。和其他人一样，颜面对于法官来说也很重要。

最后，参见第39章“做记录”，其中详细说明了该如何进行记录。

第30章 换种方式让证据可采

律师协会的政客迈拉·赫伯特有时也会实际办理案件，那天她怒气冲冲地进了公文包咖啡馆，砰的把公文包摔在桌上，然后往后排隔间的椅子上一倒。“这些解释法律的（explicative）法官，”她说，“没有一个是懂法的，尤其是证据法。我刚从沃洛普法官的法庭里出来，他在那里排除了我所有的有力证据，几乎要毁了我整个案子。”

“难道法官们再次取得被选举权之前不应该参加一次基本能力测验吗?”迈拉说，“当被告方对我的证据提出异议时，我都向沃洛普解释这个证据对我的案子有多么重要，但是这个傻子终究还是支持了他的异议。每次都这样!”

“被告方提出了什么样的异议?”我问道。

“吹毛求疵，都是些技术性的东西，像什么传闻证据、关联性、最佳证据规则——你都知道的。”迈拉回答。

“是啊，”弗拉什·马格鲁德说，“沃洛普法官确实不称职。他应该知道‘但是法官大人，我真的需要这个证据’是传闻证据规则中的重大例外。”

“这个对我有用。”迈拉说。

“但对沃洛普法官显然不管用。”安格斯说。

安格斯放下《美国律师周刊》（*Lawyer's Weekly USA*），抬起头来对迈拉说：“沃洛普法官要支持对你证据提出的异议时，你会做些什么?”

“我给你举个很好的例子，”迈拉说，“我有一份业务记录需要被采纳为证据。为此我确立了完整的可采性事实基础——这你是知道的，‘制作于日常的业务过程中’以及其他所有要素——然后，那个温迪斯特姆与克拉舍联合律师事务所（Windstrom & Crusher）的狂妄小笨蛋——‘滑头’的斯特里克兰（‘Tricky’ Strickland）——提出异议。声称这些证据是为了诉讼的目的而制作的，不够可靠，因此不可采。”

“我解释说它绝对可靠，而且它是我案件中的关键证据。但是沃洛普最终还是支持了他的异议。”

“那你接下来做了什么?”安格斯问。

“做我的记录。”迈拉回答道。

“你怎么记录的?”安格斯问道。

“既然我的一份实物证据已经被标记并且被提交为证据了，我就只是对这个优秀法官沃洛普说他的裁决完全没有根据，接着就讨论别的事情去了。”

“你有没有做点别的什么来使这份业务记录被采纳为证据呢?”安格斯问。

“比如什么?”迈拉说，“拿枪指着沃洛普的脑袋? 听我说，我被彻底击败并且这也被写进了记录，这时候我完全知道自己该闭嘴去做其他事情了。”

“我的意思是，”安格斯说，“你的实物证据作为业务记录被沃洛普法官否决后，你有

没有试图根据其他证据规则来使它可采呢?"

"这是一份业务记录,"迈拉说,"仅此而已,不是其他什么东西。你认为我该怎么做呢,把它叫做学术论文?"

"一份证据如果真的对于清楚了解双方当事人之间发生的事情有重要作用时——以至于没有这个证据,案子看起来就完全是另外一回事了——它通常是具有可采性的。"安格斯说,"如果让证据可采的最明显的途径被切断了,通常还会有其他途径可以使它可采。但是,找到一个合适的方式,让你的委托人一方的论据被采纳为证据,这不是法官的任务——这事要由你来做。"

"好吧,"迈拉说,"那么业务记录还能够是什么呢?"

"仔细想一想,"安格斯说,"这要视情况而定,一份文书作为业务记录不具有可采性时,它仍可以被采纳为:

- 过去记录的回忆(past recollection recorded)
- 自认(an admission)
- 违背自我利益的陈述(a declaration against interest)
- 此前矛盾的陈述(a prior inconsistent statement)
- 通知证明(proof of notice)
- 或者甚至是用它来唤起证人的记忆。"

"等一下,"迈拉说,"再重复一遍刚才的清单,我要把其中的内容写下来。"

我已经把它记在笔记里了,所以答应给她一份副本。就是这一次迈拉听了别人的话,因此我想要尽我所能帮她保持注意力的集中。

"好吧,"迈拉说,"你是怎么能做到这些的?你必须在每天早餐之前把每一条证据规则倒过来背一遍,这样才能保持脑子灵活。"

安格斯笑了笑,"需要我花精力去记住的东西并不多,"他说,"如果你心态正确的话,这份小清单上没有什么你会想不起来的。除此之外,我敢肯定还有一些没有包括在清单中的方法,也能够在法庭上使用被排除的业务记录。"

"好,"迈拉说,"那什么样的心态是正确的?"

"就是认识到,几乎总有不止一种途径可以让事物被采纳为证据。"安格斯说。接着他开始讲述他的业务记录清单和其他一些问题。

过去记录的回忆

一份原本可采的业务记录可能会因为它是"以诉讼为目的而制作的"而很容易被排除。法律上认为,这样的文书存在偏见,并且你事实上又无法对一份业务记录进行交叉询问来揭示它的偏见。

但是存在偏见却不能阻止一个证人出庭作证,而且"以诉讼为目的而制作"也不能阻止过去记录的回忆成为证据。只要记住,对于一份过去记录的回忆,你需要让这份文书的制作者站在证人席上才能确立它的可采性事实基础。

顺便说一下,你不能交叉询问一份文书的想法忽视了一个规则——你可以用任何证据攻击未出庭的传闻陈述人的可信度,就好像他/她亲自出庭作证一样。但是你不要忘了这个规则,如果法官确认你说的商业文件是为了诉讼而制作的,不是为了经营而制作的,这并不意味着辩论战争就结束了。

自 认

即使一份文书不是在实际的日常业务活动中制作的，或者它在严格意义上与它所记录的业务活动没有关联性，它仍然可以成为属于该企业的一份陈述。如果该企业是诉讼一方当事人，并且该企业在案件中所持的立场与该陈述不一致的话，那么它就是自认。

顺便说一句，如果你仔细想一想，你会发现自认在普通法上的定义与《联邦证据规则》第 801（d）（2）条所达到的效果是一样的，因为它是当事人的（直接或间接）陈述，它与案件有关联，而且是对方提出来的。普通法只是用更简洁的语言表达了出来。

违背自我利益的陈述

这种情况下，这份文书必须由非本案当事人的企业制作。不仅如此，而且真正的陈述人——这份记录的信息来源——必须不能出庭作证。当然，它必须是不利于陈述人的金钱利益或财产利益的。

不是每天都能碰到所有这些条件都满足的时候——但这也是有可能发生的。

此前矛盾的陈述

如果业务记录制作者的证言与记录内容不一致，那么它就可以被采纳为先前不一致陈述——无论这份记录是否符合传闻证据规则的例外情况。

但是如果作证的人不是这份文书的制作者而是该公司另一个雇员，那该怎么办呢？该企业要对矛盾性承担责任，但是证人不需要。那么，把它想成这种情形就更容易理解——该证人的证言为原本不可采的那部分文书“打开了门”。

通知证明

也许这份文书的制作离它所记录的事件太久，或者其中的信息来自于商业链（business chain）之外——成为了证明其内容真实性的业务记录不具有可采性的典型理由。

但是如果你提交这份记录是为了证明该企业接到了某事的通知，并把它写入记录之中，那么提交这份记录就不是为了证明它自身的真实性。这是典型的非传闻证据。

唤起证人的记忆

在这种情况下，证人是谁或者该企业是不是案件的当事人，这些都不重要。你可以使用任何东西来唤起任何证人的记忆。如果你能够让某人看一张褪色的照片、一份旧报纸的剪报、一封热烈的情书来唤起模糊的记忆，那么使用一份不符合传闻证据规则例外标准的业务记录当然没有问题。

除此之外，还有其他很多方法可以使得起初被认为是不当的证据被采纳。

用于解释说明

物证——物品本身，例如一把手枪、一把刀、一罐被污染的蔬菜——要让这些事物被采纳为证据，必须合理证明它是真实的并且没有被改动过。完成这些证明通常需要用到“保管链”，它实际上只是间接证据，证明这就是那把枪或者那罐豌豆，而且仍然保持着原样。

但是假设你的保管链出现了漏洞，无法用某个证人的亲身感知（personal knowledge）或者一组间接证据来弥补。

这份实物证据仍然可以具有可采性——不是用来证明这就是那把刀子——而是用来说明它看起来和那个东西几乎一模一样（如果你有一个证人可以如是说的话）。那么它就可以来用于解释说明，因而被采纳为证据（法官会随之作出有限采纳指示（limiting instruction））。

保　险

责任保险不得被采纳来说明某人的行为存在过失或者不当。但是，它可以被采纳来证明代理关系、所有权、控制权（control）、证人的偏见和歧视。

后期补救措施

和保险一样，后期补救措施不得被采纳来说明行为应受到处罚。但是它们可以被采纳来证明所有权、控制权、补救措施的可行性，如果它们存在矛盾的话还可以用来弹劾证人。

让步的提议

让步的提议通常不得被采纳来证明存在赔偿责任（liability）。但是可以被采纳来证明证人的偏见和歧视，也可以用来反驳不当延误（undue delay）的主张。

追加第三人

如果追加的第三人的陈述或所作所为与他们在案件中的立场不一致，那么他们的陈述或所作所为就会成为自认。当然这些自认通常不可以被采纳来针对其他当事人，这个问题可以通过神奇的有限采纳指示来“矫正”。

改变诉因

因为货运公司雇员鲁莽驾驶而起诉货运公司，那么货车司机的不良驾驶记录则不能被采纳来证明他存在过失。但是如果起诉货运公司将危险工具——撞倒原告的卡车——委托给这名司机，那么司机的驾驶记录可以被采纳来说明雇主知道或者应当知道其雇员的情况。

用来唤起记忆的证据

一定要要求看一看用来唤起证人记忆的证据到底是什么。如果是在开庭审理之前使用的，法庭有权指令对方在开庭审理时向你出示。如果是在开庭审理时用来唤起证人的记忆，你绝对有权看一看。无论是哪一种情况，你都有权使用它对证人进行交叉询问，并且有权将其中任何与案件有关的内容提交为证据。

听完这些之后，迈拉说道："我真希望今天上午我就已经知道了所有这些东西。"

"当然，"安格斯说，"如果在你进入法庭之前已经准备好了证据可采的备用方案，那就一定会容易多了。但是总有你预料不到的事情。还有，就好像年终时你会做出很多'税务计划'一样，只要审判还没有结束，你就还有很多机会向法官表明你可以换一种方式让证据可采。"

"这个对我有用，"迈拉说，"现在我要做的就是去找到过去记录的回忆的证据规则。"

第31章 品格证据和弹劾

大部分律师处理品格证据规则时都很头痛。

一部分原因在于它非常复杂。另一部分原因在于，这种争论没有逻辑但是又莫名其妙地可以解决问题，除了对《联邦证据规则》进行了表面上的修补之外也没有其他的用处。(Another is the illogical but somehow workable thrusts and parries that have defied all but superficial tinkering in the Federal Rules of Evidence.）大法官杰克逊先生——联邦最高法院历史上少数几个真正了解证据法的法官之一——在谈到品格证据时说："从一个怪模怪样的建筑里抽出一块奇形怪状的石头，这很可能只会打破相互冲突的利益之间现有的平衡，而不可能由此建立起结构合理的大厦。"（*Michelson v. United States*, 335 U.S. 469, 486 (1948).）

除此之外，对于有些律师来说，品格证据的价值似乎与规则的复杂性成反比。就如同在龙虾腿里剔肉一样，越是困难，就越是不值得。

但是品格证据很重要。可信度，许多证据规则背后的主要因素，几乎是每一个案件的争点。因为品格证据影响到案件的输赢（continues to win and lose cases)，所以本文是为那些想要在其出庭技巧里增加对品格证据理解的初审律师而准备的。但是要提醒一句：既然品格证据很复杂而本文只是一个概述，那它必定不是完整的，不过它仍然可以提供帮助。

1. 不能弹劾自己的证人

普通法禁止一方当事人弹劾自己传唤来进行询问的证人。实际上，法律要求将证言提交为证据，仅仅是在审前记录下证人的附誓陈述，他就不会成为你方的证人，这样，除了你将这份庭前附誓陈述正式提交为证据的情形下以外，他就不会在庭审过程中遭到你的弹劾。

一方当事人"受制于其证人的陈述"这个说法具有误导性，因为这个规则没有禁止用另一个证人的证言来反驳这个证人。该规则禁止的是，使用前科、此前矛盾的陈述、偏见、利害关系（interest）或者不良名声来弹劾证人。

幸运的是，许多司法管辖区对于这个规则都有一个重大例外。一方当事人如果满足以下两个条件，就可以用此前矛盾的陈述来弹劾自己的证人：

1. 传唤证人的当事人必须惊讶于证人改变其证言；

2. 证言必须肯定是有害的——这是指实际不利，而并非只是证人忘了他以前的证言。如果证人记不起来了，你完全可以唤起他的记忆，而不是攻击他的可信度。

有些州规定，如果被传唤作证的是对方当事人，那么禁止弹劾己方证人的规则就不能适用。对此令人感到惊讶的是，有些地方没有适用这条规则。

同样，这个规则不能适用于见证人（attesting witness）以及法律要求传唤的其他人。

最重要的是，这条规则没有禁止你在不打算质疑己方证人的情况下披露对自己不利的信息。对付对方攻击己方证人最好的办法，通常是自己把有害信息先提出来，而不是试图在再直接询问期间解释清楚。换句话说，先发制人（steal the thunder）往往是最有利的。既然这不属于弹劾证人——远非如此——那么禁止弹劾己方证人的规则就不能合理地适用于这种情形，这种区别连有些初审法官都没有注意到。

2.《联邦证据规则》允许当事人弹劾自己的证人

让人感到高兴的是，《联邦证据规则》第 607 条规定得比较简单，它采用了美国当时少数州的观点，允许任何一方当事人弹劾任何证人。

3. 不得用附带问题弹劾证人

虽然一个人可以在其裁量范围内，就附带问题进行交叉询问，但是这条规则禁止使用其他证人在这些枝节问题上反驳证人。这条规则的惯常说法又是具有误导性的。它并不禁止就附带问题提出质疑，迫使证人承认犯了错误，甚至是只要在该证人自己证明证言是真实的情形下，还可以用此前矛盾的陈述弹劾该证人。这条规则只是禁止传唤其他证人来反驳与案件没有直接关联的证言。

如果一个附带问题非常重要，它为存在争议的相关证言的准确性提供了一个好的标准，那么可以传唤证人进行反驳。这个例外情形的典型案例就是斯蒂芬斯案（*Stephens v. People*, 19 N. Y. 549 (1859)），在这个案件中，被告人被指控用砒霜下毒谋杀。被告人的证人证明砒霜是被告人买来毒杀储存粮食的地窖中的老鼠的。法庭裁定允许对方证明那个地窖中没有储藏粮食。

更重要的是，有些问题不是案件中的争点，但是它们绝不是附带问题，它们包括偏见、利害关系、犯罪记录、证人没有了解情况的时间和条件。

4. 可以用前科弹劾任何证人

当证人走上证人席，他品格的诚实性和可靠性（这是标准的法律赘言）就成为争点。前科是交叉询问中一个合适的话题，如果证人否认有前科，他们可能会被出示外部证据——通常经过核实的犯罪记录副本。

有些州要求在交叉询问过程中使用魔法咒语，比如："你是在 2003 年 10 月被判纵火罪的那个哈罗德·摩根吗？"

几乎各地都只要求调查定罪事实，而不过问加重情节，但是有些州允许询问科处的刑罚。

另一方面，尽管有些司法管辖区不允许证人否认曾被定罪——这显然是为了避免对用以弹劾证人的定罪判决进行重新审查——但是，许多州还是允许在再直接询问中简短地解释一下先前定罪的相关情况。

什么类型的罪名可以被用来弹劾证人，关于这一点存在着不同意见。很多州都允许使用所有重罪罪名和涉及"道德败坏"的轻罪罪名。有一小部分州对重罪罪名也有"道德败坏"的限制条件。

但是《联邦证据规则》和这些都不一样。第 609 条中有三条新的规则。虽然这一条在措辞和句子组合方面笨拙得像骆驼一样，但是把这些翻译成英语的话还是很容易理解的。那么它们实际上是有意义的。



第一，任何证人——无论普通证人、民事诉讼一方当事人、还是刑事诉讼被告人——都可以用欺诈类犯罪的前科来弹劾，无论其前科是重罪还是轻罪。根据第一条规则，不存在证明价值和不公正偏见之间的权衡问题，只要证人出庭作证并且存在欺诈类犯罪的前科，那么该前科就是可采的。

第二，如果证人不是刑事案件中的被告人，并且前科不是欺诈类犯罪，那么该前科必须是重罪。此时，前科的证明价值就要与存在不公正偏见的风险进行权衡，其语言沿用第403条中的常见表述。除了当“存在不公正偏见、混淆争点或者误导陪审团的风险大幅超出”证据的证明价值时，或者“对不当延误、浪费时间或不必要地出示重复证据的顾虑大幅超出”证据的证明价值时之外，这条规则倾向于支持证据的可采性。

第三，如果证人是刑事案件被告人的话，除了关联性的平衡（relevance balance）之外，其他所有内容都和第二条规则一样。此时，这条规则倾向于反对证据的可采性，只有“法庭认定采纳这份证据的证明价值超出它对被告人的有害影响”时，前科证据才可以被采纳。

除此以外，第609条规定可以使用的前科有10年的时间限制，从定罪之日起或者从解除监禁之日起，以较后者为准，开始计算。只要事先发出意图使用前科弹劾证人的书面通知，并且明确裁定前科的证明价值超出有害影响，就可以规避10年的期间限制。

虽然这条允许使用前科弹劾证人的规则适用于所有案件，但是它在刑事案件中最常用，这是刑事案件中控诉方交叉询问累犯被告人时最爱使用的武器。部分地因为，辩护律师难以决定的问题之一就是，是否传唤有前科的被告人亲自出庭作证。

《联邦证据规则》稍微缓解了这个难题。第104（c）条规定，当被告人出庭作证时，他有权在陪审团不出席的听审中解决先决问题（preliminary issue），包括前科的可采性问题。如果这个程序在开庭之前使用，它可以帮助辩护律师事先计划是否传唤被告人出庭作证。

但是要注意，如果这是联邦法院的案子，那么被告人有权在审前获得关于其前科证据可采性的裁定，但这不一定是个正确的裁定。

什么？这说不通啊，你说。你在说什么啊？在卢斯案（*Luce v. United States*, 469 U. S. 38（1984））中——正是此类奥威尔式裁定出现的年份——联邦最高法院裁决认为，除非被告人确实出庭作证并且受到前科证据的弹劾，否则他没有资格在上诉中提出初审法院裁定的正确性问题。

法院认为，除非被告实际出庭作证并且遭到弹劾，否则法院裁定就没有伤害到他，因此他就不能申诉说裁决是错误的。只有一群从来不必在刑事案件中建议被告人是否应该走上证人席的法官们才会作出这样的裁决。

5. 可以交叉询问证人未构成犯罪的不良行为

如果交叉询问人是为了对证人的可信度提出怀疑——不是为了提出原本具有关联性的事实——那么至少有三个主流的观点：

1. 此前的不良行为一定要与可信度有一定关联。
2. 此前的不良行为只需要表明其不良的道德品质。
3. 此前的不良行为不得在交叉询问中使用。

这些并非仅有的规定，只是最盛行的几个。欧文·杨格在《关于〈联邦证据规则〉中品格证据与可信度的三篇论文》（*Three Essays on Character and Credibility Under the Federal Rules of Evidence*, 5 HOFSTRA L. REV. 7, 12（1976））当中列出了六个不同的

规则。

《联邦证据规则》第 608（b）条规定，如果就此前的不良行为进行交叉询问具有能够证明诚实性的价值，那么按照法院的自由裁量权，可以进行。《联邦证据规则》同时还明确了，尽管可以查问这些事情，但是选择作证实质上并不等于放弃了对于此前不良行为不自证其罪的特权。

除了可以交叉询问的行为类型不同以外，在有罪判决和“未被定罪的不良行为记录”之间还有一个区别。如果证人否认曾经被定罪，可以单独对此进行证明。但是，如果证人否认此前的不良行为，交叉询问人不得使用外部证据来证明证人实施过该行为，因此我们说询问人“受制于证人回答的内容”。

虽然不允许使用外部证据来证明不良行为，但是就此提出问题一定是有合理依据的。初审法庭可以要求交叉询问人向对方出示他有什么证据能证明证人实施了该行为。对方甚至还有可能要求把发出攻击的律师放上证人席，来表明他提出的问题没有任何依据。（Cf. *United States v. Pugliese*，153 F. 2d 497（2d Cir. 1945）.）

6. 不得用被逮捕记录弹劾证人的可信度

虽然可以向证人询问他的前科和此前的不良行为，但是被逮捕的记录或者受到指控的记录并不能说明一个人犯了错。尽管逮捕记录可能会影响名声，但是通常证人不得就自己的名声作证。因此，最简单的经验法则就是绝不要向证人询问他的被逮捕记录，除非有其他的证明目的，而不是用来弹劾证人。

7. 未受到攻击前不得证明证人的可信度

这是一条明智的规则，可以让审判进行得更加迅速。毕竟，对方可能根本不会发起攻击。但是另一方面，这条规则也很令人讨厌，尤其是对于那些你知道一定会发生的攻击，它却要求你此后重新传唤证人进行反驳。这条规则禁止在受到用此前矛盾陈述进行的弹劾之前就出示此前一致的陈述，禁止在受到攻击之前就作证说明证人诚实可靠的优良品格等等。

这是一条一般规则，存在例外的情形。强奸案被害人的证言在受到攻击之前，可以使用她最新的控告来补强其证言，这是一个常见的例外情形。

8. 可以用偏见、歧视或者利害关系弹劾证人

偏见、歧视和利害关系并不是附带问题。这就意味着它们非常重要，它们的用途不能仅限于交叉询问，还可以用外部证据来证明它们。不过，使用此前矛盾的陈述来弹劾时，大多数司法管辖区要求在交叉询问中确立使用外部证据证明偏见或歧视的可采性事实基础，用弹劾证人的信息和证人对质。然而，不是所有的情形下都要求确立这个可采性事实基础，尤其是存在无争议问题的情况下，比如与一方当事人具有亲属关系。

9. 可以用先前不一致陈述弹劾证人

交叉询问人的武器库里最有效的装置之一就是此前矛盾的陈述。

按照传闻证据规则的要求，此前矛盾的陈述不能被采纳来证明该陈述的真实性，除非证人在出庭作证时采用了该陈述。一般认为它只和证人的可信度具有关联性。但是《联邦证据规则》第 801（d）（1）（A）条对这一规则作出了重大修正。如果此前矛盾的陈述是在“宣誓后作出，并且受制于审判、听审、其他程序或者庭前附誓陈述中伪证罪的惩罚”，



那么它可以被采纳来证明其真实性。于是，根据《联邦证据规则》的规定，公诉人就有可能将大陪审团程序中的证词提交为证据，不仅用于弹劾而且用于证明其主张的真实性。(See McDaniels, *Rule 801: More Than a Definition*, LITIGATION, Vol. 2, No. 1, pp. 17, 19 (1975).)

卡罗琳女王案（*Queen Caroline's Case*, 2 Brod. & Bing 284, 313, 129 Eng. Rep. 976, (1820)）中的规则要求，必须在交叉询问中对证人就该陈述的细节进行对质后方能允许使用外部证据来证明它。《联邦证据规则》第613条对这个要求作出了修改，根据这一条的规定，证人必须至少有机会作出解释或者否认曾作出该陈述，但是法庭有权决定取消这个要求。

如果证人是一方当事人，那么这个此前陈述就会成为自认，并且要求在交叉询问时进行对质。它还可以被采纳来证明其主张的真实性，即使它的主要用途是弹劾当事人证人(party-witness)。

10. 可以用此前一致的陈述重建证人的可信度

证人被此前矛盾的陈述弹劾之后，还有可能使用此前一致的陈述来恢复其可信度。不同的司法管辖区对这些陈述的可采性要求也不相同。有几个州规定，只要这些陈述是在弹劾证人的矛盾陈述之前作出的，就允许采纳它们。但是，各州显然都允许使用在被指近期编造谎言的动机形成以前作出的一致陈述。(See *McCormick on Evidence* §47 (4th ed. 1992).)

和此前矛盾的陈述一样，此前一致的陈述不得被采纳来证明其自身的真实性，但是在证明证人的可信度时可以考虑。《联邦证据规则》第801(d)(1)条的规定再次与此规则相反，允许采纳此前一致的陈述来证明其真实性。要具有可采性的话，提交它们必须是为了反驳近期编造谎言的明示或暗示的指责。

11. 用知悉证人是否诚实可靠的品格证人来弹劾证人

证人作证之后，攻击其可靠性的方法很清楚，不仅可以使用已经提到的方法，而且还可以使用另一种类型的证言。可以传唤一个品格证人出庭作证，说明他了解这个正遭受弹劾的证人的诚实性和可靠性名声，并说明他的名声不好。

难点在于还有一种作证内容与之相似的品格证人，很容易混淆这两类证人。

无论是民事案件还是刑事案件，都可以传唤品格证人。他们作证说明任何一个证人在其工作和生活的社区里的诚实性和可靠性名声。

而另一种类型的品格证人可能只在刑事案件中被传唤作证。他们不为证人的名声作证，只为被告人的名声作证，因为被告人的品行与被指控的罪名不一致。

大部分州只允许品格证人就名声作证，至于正遭受弹劾的证人的可信性，证人对此的个人意见不具有可采性。《联邦证据规则》沿用了普通法的禁止性规定，禁止在对品格证人的直接询问中提到具体的行为，但是它也作出了明智的改革。第608(a)条允许品格证人的证言表现为社区名声或个人意见——无论如何这也是品格证人实际作证的内容。

12. 不同品格证人的证言可能互相矛盾

证人的可信度在受到攻击之前不得进行证明，但是受到攻击之后一切变了。法律允许的一种反驳方式就是传召其他品格证人，他们熟悉这个可信度受到审查的证人的诚实性和可靠性名声，并且他们作证说该证人的名声良好。和攻击证人的品格证人一样，这些品格

证人也仅限于就名声（或者根据《联邦证据规则》第608（b）条也可以就意见证据）作证，在直接询问时不得提到具体的行为实例。

13. 可以就具体行为实例交叉询问品格证人

将直接询问品格证人的问题限制在名声范围内，部分原因是为了不延长审判时间。但是在交叉询问这些证人时，无论他们作证说另一个证人的诚实性名声是好是坏，都可以提到具体行为的实例。

品格证据和弹劾法的一个重大怪异之处在于，交叉询问这些证人时可以使用的信息种类。因为他们已经作证说明了某人的诚实性和可靠性名声了，所以检验他们对该名声的了解程度就具有关联性了。

现在回想一下被逮捕记录不得被采纳来用于弹劾。虽然被逮捕记录可能让我们怀疑这个被逮捕的人实际上是有罪的，但是我们知道这个信息产生偏见的风险大大超出了它的证明力，所以我们说被逮捕记录与品格绝对没有关联性。

但是另一方面，我们也承认名声是很脆弱的。即使是毫无逻辑、无根无据的谣言都能毁掉一个人的名声。虽然被逮捕记录不能表明品行败坏，但是它们可能会严重影响名声。因此，根据令人发狂的三段论逻辑，法律得出结论认为，被逮捕记录、前科和未被定罪的此前不良行为实际上都可以成为交叉询问中向品格证人询问的问题——不是为了证明品格，而是为了检验证人对其名声的了解程度。

按照这个逻辑继续推论（This logical consistency goes on）。因为正在检验对名声的了解程度，而实际品格如何只能得到间接地证明，所以向品格证人询问他是否“知道”这个正遭受弹劾的证人曾经被逮捕过是不当的。那是一个错误。但是另一方面，询问是否“听说”被逮捕的事情却是正当的，这是为了陪审团的利益而进行的区分，不过陪审团很可能从未注意到它们之间的差别。

《联邦证据规则》把这些都改过来了吗？既然第608（a）条允许品格证人作证说出他们的真正意见，而不是用名声的形式来粉饰这些意见，那么《联邦证据规则》是不是抹去了这种毫无意义的名声检验呢？

没有。

相反，《联邦证据规则》第608（b）条允许交叉询问人向品格证人询问他是否“知道”逮捕的事，取消了询问“你是否听说过”的要求。这样一来，革新也不过是新瓶装旧酒了。

但是另一方面，杰克·B·温斯顿法官认为对第608条可以作更狭义的理解。尽管这条规则以及《咨询委员会注解》（Advisory Committee Note）都没有提到逮捕或者指控，他主张根据《联邦证据规则》不应当允许它们成为提问的主题（line of questioning），因为它们不是第608条中所提到的“行为的具体实例”。（J. Weinstein and M. Berger, 3 *Weinstein's Evidence* §608（06）at 608—36（1976）.）

14. 可传唤品格证人证明被告人不会实施被指控的犯罪

到此为止，我们讨论的品格证据规则都是可适用于所有案件类型的规则，涉及证人的可信性问题。现在要讨论的一系列规则与此前讨论过的规则有相似之处，但是在两个方面有所区别：

1. 它们只适用于刑事诉讼；
2. 采纳证据的目的不同。

贯穿我们刑事司法制度的一个基本信念就是，只能用表明被告人实施了所控犯罪的证据来证明其有罪。想想它的意思是什么。

控诉方不得用被告人曾经犯罪来说明他是个坏蛋，现在应当认定他有罪。除非其他违法行为有什么额外的关联性，否则它们不得被采纳来说明被告人这次犯了罪。

这并不是因为其他不良行为不具有关联性什么的，而是我们担心陪审团会给予此类证据不相称的重视程度（称之为“不公正的偏见”）。

这似乎与禁止被告人证明自己有一个清白的过去是一致的，规则并非如此。

因为存在不公正偏见的风险已经没有了，被告人可以做一些控诉方不能做的事情。他可以“将其品格问题置于讨论之中”。这个说法可能导致误解，因为被告人的品格不会成为控诉方必须证明的犯罪要件，它只是说被告人可以使用他的优良品格作为间接证据来说明他没有犯这个罪。

他是通过传唤品格证人来完成这个任务的。

和其他品格证人一样，这些品格证人的直接证词也有限制，他只能够就被告人在其生活和工作的社区中的名声作证。但是根据主流观点，它至少是另一种名声。它不是可信性的名声，而是品行与被控罪名不一致的名声——例如指控谋杀罪时，其性格是平和的(peaceable)。

和其他品格证人一样，《联邦证据规则》允许他们提供对于被告人的个人意见，作为名声以外的另一个选择。（第405（a）条）

15. 辩方的品格证人可能与其他品格证人相互矛盾

现在来看看“将其品格问题置于讨论之中”这个说法。虽然控诉方不会在主诉举证中说明被告人的不良品格，但是一旦被告人提出了这个问题，他的双手就不再受到束缚了。现在他可以传唤其他的品格证人出庭作证，说明被告人的名声（或者根据《联邦证据规则》第405（a）条规定的证人意见）与他的品行与犯罪行为是一致的。

16. 可以向品格证人交叉询问被告人的具体行为

这个过程（谢天谢地）非常像交叉询问其他的品格证人。当然，有例外情形。根据汉能案（*People v. Hannon*, 381 Ill. 206, 44 N. E. 2d 923 (1942)）的判决，被告人传唤的品格证人只能被交叉询问与当前指控相似的此前被逮捕记录或指控。尽管这符合我们对于关联性的理解，但是这只是少数派的观点，而且在著名的迈克逊案（*Michelson v. United States*, 335 U. S. 469 (1948)）中遭到抛弃。

17. 被告人可证明被害人的暴力倾向以确立自我防卫

杀人案（homicide case）被告人主张自我防卫时，一般规则是他可以传唤品格证人来证明被害人的暴力倾向或容易激动的本性。

这份证据通常在两个方面具有关联性：首先，如果被告人表明他知道被害人有暴力倾向的名声，它能够证明被告人相信自己处于危险之中的合理性。（*State v. Blair*, 305 S. W. 2d 435 (Mo. 1957).）其次，被害人的暴力倾向的名声可以证明这个被害人可能是先发起攻击的人。（*State v. Wilson*, 235 Iowa 538, 17 N. W. 2d 138 (1945).）

18. 控诉方可以反驳被害人有暴力倾向的证言也可证明被告人有暴力倾向

控诉方不得在主诉举证中证明被害人平和的个性。但是，被告人为被害人的名声打开

门之后，控诉方就可以用其他证明其平和个性的品格证人来反驳被告人。(*State v. Brock*, 56 N. M. 328, 244 P. 2d 131 (1952).) 根据《联邦证据规则》第 404 (a) (2) 条，在杀人案中，控诉方可以出示被害人个性平和的证据来反驳辩方，证明被害人不是首先发动攻击的人。

问题是控诉方还能不能做点别的什么。有个别案件裁决认为，证明被害人有暴力倾向的证词也可以为被告人的暴力倾向打开门。(See *Note*, 99 U. PA. L. REV. 105 (1950).)

19. 民事诉讼当事人不得"将其品格问题置于讨论之中"

这种情形很简单。被告人被指控盗窃罪，他可以证明自己名声不错，不会犯盗窃罪，这样就"将其品格问题置于讨论之中"了。但是如果换成民事诉讼，还是起诉他实施了盗窃行为，那他就不得证明自己的名声不错了。

然而这只是一般规则，在事实上指控被告人犯有道德败坏行为的民事案件中，也有少数州允许使用证明被告人名声的证据。(See *McCormick on Evidence* § 192 (4th ed. 1992).)

在殴打案的民事诉讼中，会涉及自我防卫的情形，此时法律的规定更为宽松，使用名声证据所遵循的规则与杀人案中使用的规则差不多。(See e. g., *Linkhart v. Savely*, 190 Ore. 484, 227 P. 2d 187 (1950).)

当然，这条规则没有禁止在民事诉讼和刑事诉讼中使用习惯和惯例证据，这个问题不属于品格证据和弹劾所讨论的范围。

20. 控诉方可将被告人的此前不良行为用于弹劾外的其他目的

品格证据和弹劾问题中的最后一条规则，也是处于这部分内容最边缘的规则，是使用此前不良行为的证据来证明被告人有罪。这条规则明确规定，控诉方在主诉举证中不得提交被告人此前不良行为的证据来证明被告人是个坏人，应当被认定为有罪。

但是假设一个人偷了一辆车，然后抢劫了银行，这两个犯罪行为之间没有关联。向联邦法院起诉他抢劫一家加入联邦保险的银行，此时盗窃车辆的行为——州法律规定的犯罪——与该案没有关联。如果被告人不走上证人席作证，那就没有机会把这个行为作为证据来使用，即使在交叉询问被告人时也不行。

可是，如果偷这辆车是为了抢劫后逃跑时使用，那么这个盗窃行为就具有可采性了——不是为了证明被告人是个坏人，而是因为该行为是整个抢劫过程的一部分。

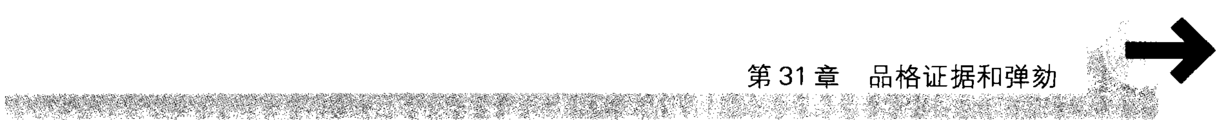
《麦考密克论证据》(*McCormick On Evidence* § 190 (4th ed. 1992)) 列出了十个不同的理由，说明可以使用未指控的其他犯罪行为来加强控诉方的主诉举证。

《联邦证据规则》第 404 (b) 条对一般性的规则进行了很好的总结，在此它也允许采纳其他犯罪行为或者违法行为的证据。第 404 (b) 条规定："其他犯罪行为、违法行为或行为的证据，不得被采纳来证明个人品格，以说明其行为符合其品格，但是，它可以被采纳来证明其他内容，如动机、机会、意图、预备、计划、认识、身份或者无错误或意外。"

最后一点：与传闻证据规则相似，关于品格证据和弹劾的法律中经常出现这样的情形——在证明某个问题时证据不具有可采性，但是证明另一个问题时证据又具有可采性。这个问题的解决办法不大令人满意，它就是我们常说的毫无意义的（如果即使不会带来实际危害的话）有限可采性指示。

要不要请求法官作出这种指示呢？

问题在于，如果你不提出请求，证据往往就会被"概括采纳"，可以用来证明任何在逻



辑上可以证明的内容。(*Hatfield v. Levy Bros.*, 18 Cal. 2d 798, 117 P. 2d 841 (1941).)

最后,这篇关于品格证据和弹劾的概要讨论的是品格证据作为间接证据使用时遇到的难题,通常是用品格证据证明行为。但是也有很多时候品格证据实际上是案件中的争点,比如侵害名誉权的案子,或者未成年子女监护权的案子——此时问题在于谁做监护人更好。

品格证据真正成为争点的时候——它是主诉或者答辩/辩护中的一个要点时——那么本文中列出的这些规则就不适用了,而且此时证据法的规定一般倾向于采纳具体行为的证据和意见证据。(《联邦证据规则》第405(b)条)

第32章 品格证据与行为

贝斯·戈尔德走进公文包咖啡馆说："那只猫呢？我想踹它！"

"怎么了，贝斯？"安格斯问。

"要是没有猫的话，就给我一只狗吧。我就是想踢点什么东西！"

"对不起，贝斯，"我说，"这里没有猫也没有狗，而且弗拉什·马格鲁德刚走，你得找点别的什么来踢了。出什么事了？"

"品格证据，"贝斯说，"它根本就没有任何意义！"

安格斯看着贝斯，微微一笑。

"得了吧，安格斯，"贝斯说，"你知道我说得对。要是你行的话，就好好解释一下吧。品格在证明行为时是不可采的，对吗？不管怎么样法学院里他们就是这么教我们的。它被当做证据法中的一项重要规则，而它如果真有什么意义的话，它的意义就在于你不能用被告过去曾经超速的有罪判决来证明他这一次也超速了，不是吗？"

"到此为止还都没错，"安格斯说，"问题在哪儿呢？"

"问题在于我们有这么一条原则，"贝斯答道，"安格斯，就像你说的，'我们判断的是行为，而不是人'，对吗？"

"没错。"安格斯说。

"我接受一家卡车公司的委托，"贝斯说，"它是一起人身伤害案的被告。公司有个司机在前两年已经有三次超速行驶的有罪判决。呃，就像《联邦证据规则》第404条规定的：'证明一个人品格或者某个性格特点的证据不得被采纳来证明与此一致的行为……'所以这些有罪判决不能被采纳来证明他在发生这次事故时也超速驾驶了。"

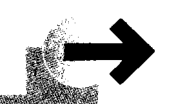
"但即使它没有可采性，我还是提出了排除该证据的审前动议，就是想要谨慎点，而且沃洛普法官也批准了，所以我就认为我都安排好了。至少我不用担心这些超速行驶的有罪判决了。"

"接下来我才知道，沃洛普法官把这些超速行驶的有罪判决采纳为证据了。原告把它们作为被告公司存在过失的证据来提交。他说这些有罪判决证明了卡车公司知道——或者至少应该知道——他们的司机很可能会超速驾驶。"

"而这个，"贝斯说，"就是我想踹那只猫的原因。"

"我不怪你生气，"安格斯说，"但你知道沃洛普法官是对的，不是吗？"

"噢，我知道这个规则，"贝斯说，"但那并不代表我一定得喜欢它啊，而且我肯定也没有必要认同其背后的理论。如果品格证据不得被采纳来证明行为的话，那么也就不能让陪审团知道他以前超速行驶的有罪判决，并以此来决定这个司机这次是否也超速了。但是这次法律却调了个个儿，说司机的雇主没有考虑那些陪审团甚至都不能接触的证据，那是过失。"



“这怎么能说得通呢?”贝斯问道，“如果这份证据对陪审团来说不够好，那为什么要要求雇主考虑它或者承担过失的责任呢?”

“贝斯，”安格斯说，“这两个问题完全不同。在第一种情况下，你说的是证明司机的行为，以前的有罪判决不得被采纳来证明他这次车开得太快。”

“但是在第二种情况下，你说的是卡车公司是否存在过失——不仅要为司机的过失负责，而且要直接为他们自己作为卡车公司的不当管理负责。如果这家公司忽视了他们要雇的（或者雇着的）司机的重要信息，那么他们就存在过失。”

“没错，”贝斯说，“公司是有过失，因为他们应当留心品格证据，他们应当相信它。陪审团不应当使用品格证据来证明行为，但是陪审团不可以做的事如果卡车公司也没有做，那么它就有过失，对吧?”

“给我一只猫吧，”贝斯说，“我真想踢点什么。”

安格斯坐在那里，盯着贝斯看了一分钟，然后他说道：“贝斯，你知不知道，你是对的。我们要求雇主作出一种推论，但是就是这种推论我们不允许陪审团来做：用品格证明行为。我们希望雇主能够意识到醉酒驾车的司机很有可能再次酒后驾车，马虎的外科医生很有可能再次犯错，性急的保安可能还会和商店顾客发生争执。”

“想要帮我踢猫吗?”贝斯问道。

“还没有。”安格斯答道。

“不管怎么样，”贝斯说，“还没有结束呢。如果说唯一的区别在于陪审团不能听到的事情而雇主必须留意的话，这是一码事，而你所要做的就是起诉雇主过失委托，这样陪审团就可以听到这一证据了。”

“完全正确，”安格斯说，“但是他们听取这一证据并不意味着它就能证明你的被告司机这次也超速驾驶了。”

“噢，安格斯，得了吧，”贝斯说，“你不是要告诉我那些荒唐的有限可采性指示吧?那是道貌岸然的欺骗。法官告诉陪审团，在决定这个雇员的行为时这个证据不得被考虑进去，但是在证明雇主的过失时可以考虑。

“陪审团不可能真正理解这个指示是什么意思，如果法官用英语给出这个指示：‘陪审团的女士们先生们，你们刚才听到了卡车司机在前两年中三次超速驾驶的有罪判决证据，这些有罪判决不能证明司机老是超速。但它们证明了卡车公司本该知道他老是超速，却还是疏忽大意地让这个鲁莽的司机去驾驶他们的卡车’，想想他们该会怎样哄然大笑。”

安格斯笑着说：“所以你也许应该感到高兴，因为陪审团没有真正理解这种常见的有限可采性指示，特别是因为它会带来风险，如果你不要求进行指示的话。”

贝斯看了看他。“风险?”她说，“你在说什么呢?”

安格斯说：“如果证据只能被采纳来做某种特定的用途，那么它就只能用来证明这个，不管陪审团有没有听懂有限可采性指示。”

“是的，”贝斯说，“那又怎么样呢?”

“如果你不要求进行有限可采性指示，那么这份证据就可以用来证明一切它在逻辑上可以证明的事情。”

“我说过了，那又怎么样呢?”贝斯说。

“有两点非常实用，”安格斯说，“第一，如果证据被采纳而且没有限制，那么对方可以作出完全不正当的论证：‘女士们先生们，你们知道卡车司机以前驾驶超速了，你们看到他的驾驶记录了。’

“第二，假设几乎没有其他证据能够证明司机当时开得太快，那么就是在这个案子中，

没能把证据限制在合理的范围内使用，这会让对方接近陪审团，要不然你就有权得到指令判决了。”

“我没有要求法官发出指示，”贝斯说，“因为我不想让法官看上去是在评论这份证据，也不想用这种又臭又长的裁决来强调它。现在我才发现不要求法官作出有限可采性指示可能会让我失去指令判决的权利。”

“吉米，”她坦白地说，“给我找只猫来，我要释放一下。”

“你知道，”安格斯接着说，“也许我们归根结底还是要说一说品格证据中存在的一些矛盾之处。”

我知道安格斯要开始讲解了，所以我拿起了铅笔，做出如下笔记。

关于品格与行为的法律，其出发点是两种完全正确的观点之间的冲突。尽管《联邦证据规则》第 404 条中作出那样的规定，然而品格确实能证明行为。在作出任何个人的重大决定时将过去的表现考虑进去是完全合理的。

但是司法判决——尤其是刑事案件的判决——与个人决定是不一样的。对于一个被控纵火的被告人来说，过去有纵火癖就很危险，这正是因为它是具有说服力的。有两种关系紧密的风险，能够说明要把被告人过去的纵火记录排除在证据之外。

第一种风险是，陪审团可能会过于重视被告人的过去。虽然以前的行为显然是有证明价值的，但是在控诉方证据不足的案子中，陪审团会认为被告人本性难移，从而掩盖了案件中的漏洞。

第二种风险是，陪审团可能会认定被告人应该接受惩罚，因为他是个罪犯，而不考虑他在这个案件中是否有罪。

因此，我们不去冒错误定罪的风险，而是创建出一个规则，为排除被告人其他纵火行为的证据提供正当理由，这就是“品格证明不能被采纳来证明行为”。它背后的理念是，在刑事案件中只能用证明被告人犯有被指控罪行的证据来判决他有罪。换句话说，我们审判的是行为，而不是人。

等一下，你说。刑事案件中排除过去的行为也许有些正当的理由，但是在民事案件中呢？

证据法一直都有将所有案件一视同仁的倾向，即使是规则背后的原因开始消失的时候也是这样。因此，虽然我们有民事程序规则和刑事程序规则——而且法学院为它们设置了独立的课程——但是在所有案件中还是使用同样的证据规则。

问题在于，与刑事案件相比，此前的行为在民事案件中具有同样的证明价值，却不那么容易带来偏见。虽然在民事案件中仍然存在陪审员会过于重视这份证据的风险，但是相比起刑事案件来，他们因为过去的行为而惩罚被告人的可能性更小。

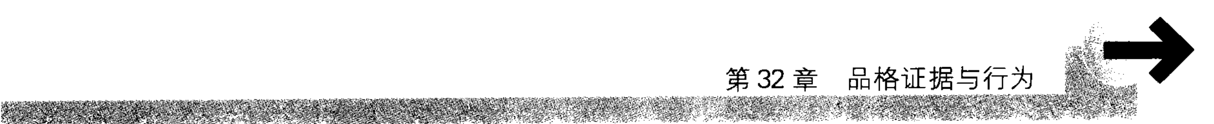
这是否意味着品格证据在民事案件中可采而在刑事案件中不可采吗？

对不起，恰恰相反。因为我们能直观地证明，品格确实能够证明行为，所以我们允许刑事案件被告人把自己的品格提出来，进行考察。她可以传唤证明她名声不错（或者对她评价不错）的证人出庭作证。这条规则背后的理念在于，好人不会干坏事。

然后，被告人一旦为品格证据打开了门，控诉方就可以作出回应。首先，他们可以交叉询问品格证人，指出被告人的某些具体行为不符合所说的优良品格。接着，他们可以传唤自己的品格证人出庭证明被告人的名声不好（或者对她的印象不好）。

但是因为赌注太大、风险太高，所以品格上的博弈只能由被告人拉开序幕。

现在，把刚才那个刑事案件变成民事案件。还是纵火案，事实也相同。被告人被指控烧毁了一栋房子，他们说他这样做是为了拿到保险金。此前政府提起的是刑事指控，现在



保险公司在要求拿回自己的钱。

在刑事案件中被告人可以使用品格证据为自己辩护，但是在民事案件中却不能这么做。

证据法方面的专著认为，品格证据延长了审判时间，而且混淆了民事案件中的争点。但是因为这个问题相当明确，而且提交品格证据也只需要几分钟的时间，所以混淆争点和拖延诉讼的理由都不能让人信服。

或许更好的解释是，我们为了刑事案件被告人的利益，在某些问题上有点矫枉过正了，比如证明责任和为被告人辩护的品格证据。尤其是被告人没有什么别的证据可以提交时，有人站出来为他们说话还是有点帮助的。

请注意，民事案件中答辩时的品格证据不具有可采性，这个一般规则存在一种例外情形。许多司法管辖区在殴打案件的民事诉讼中允许使用品格证据，它不仅可以用来证明被告人不是那种挑衅的人，也可以用来证明实际上是被害人首先发动攻击。

至少还有两种其他情形，可以让我们采纳过去的行为来证明当时到底发生了什么事情。第一种情形是习惯和惯例规则，《联邦证据规则》第406条如是规定：

个人习惯或单位惯例的证据，无论是否得到补强，也无论是否存在目击证人，在证明个人或单位在特定情况下的行为符合习惯或惯例时，都具有关联性。

打住，你说。习惯与一般的品格证据不同。

完全正确。但是它们不是种类不同，而是程度不同。一个飞行员的小心谨慎是一种概括的品格特点，但是在发动引擎前总是检查一下油箱里的油量则是一种习惯。习惯是具体的，因而比概括的品格特性更有价值。正是这个原因，几乎所有的司法辖区都认可习惯和惯例规则。

但是，有些法院担心有的律师可能会把一些独立的行为强行解释成常规的做法，于是它们要求，这种行为要有足够数量的实例证据来证明它确实是一个习惯。（*Halloran v. Virginia Chemicals, Inc.*, 41 N. Y. 2d 386, 393 N. Y. S. 2d 341, 361 N. E. 2d 991 (1977).）

第二种通常具有可采性的品格证据是行为的持续过程。此时关键在于某一行为是持续进行着的，而不是停止后再开始。

举例来说，假如你有证据证明在车祸发生前一个小时被告人鲁莽驾车。

这可采吗？

或许不可采。事故前一小时的孤立行为太远了，不具有关联性。

现在加上另外一个证人，他可以证明车祸前半小时被告人在车道间穿来穿去，而且还跌跌撞撞地上过马路牙子和安全岛。

这可采吗？

单独来看的话，只比前一份证据稍微强一点儿。但是有两个证人的作证说明事故发生前司机的驾驶状况，这就有更好的理由说明这份证据应当具有可采性。

现在再加上第三个证人，他看到被告人在撞车前两三分钟急速逆行。

这是品格证据吗？

当然是——它是以此前行为的形式表现出来的品格证据。

可采吗？

完全可采——用来证明被告人一直在鲁莽驾驶。这一部分很关键，有些种类的证据只能组合成套来进行审查。此时，不要让对手把它们拆开，然后各个击破。

“然后，”安格斯说，“还有时候行为会有完全不同的用途，例如证明动机或者故

意——但是这确实是完全不同的问题。”

“谢谢，”贝斯说，“你把证据讲解一番，它基本上就讲得通了。”

“贝斯，”安格斯说，“这些话从你口中说出来，真是一个很高的评价啊。”

“还有一件事让我担心，”贝斯说，“要是卡车公司发现我忘记要求法官给出有限可采性指示而提出执业不当的请求（the legal malpractice claim），那我该怎么办？”

“很简单，”安格斯说，“案子已经到陪审团那里了吗？”

“还没呢，”贝斯答道，“原告还要传唤两个证人。我要过一两天才开始答辩。”

“很好，”安格斯说，“因为如果沃洛普法官批准了你延迟的有限可采性指示请求，原告就很难提出，因为你没有回应所以他决定不传唤其他证人了。”

“谢谢，”贝斯说，“有只猫欠你很多人情啊。”

第33章 传闻证据规则概要

对全国经验丰富的初审律师和法官做一次调查，要求他们用几句话说一说传闻证据规则的特点，你一定知道他们的回答会是“变幻莫测”、“异常复杂”、“无法适用”。

这样的结果可能会促使你对这些人再进行一次调查，这次问问这个规则对我们的对抗制诉讼有什么价值。得到的回答基本上会是一致的。有些人会说它“过时了”，甚至认为它是“老古董”，但是大多数人会勉强承认它的存在是必要的，甚至有些人会声情并茂地说：“传闻证据规则保护了交叉询问的基本权利。”

现在你知道了吧：被贬低、被嘲弄、被误解、被误用，传闻证据规则和使它出名的那些例外情形，是一项宝贵权利的古怪卫士。当然这个规则可以证明严肃认真的初审律师至少拥有这么一些实用知识（working knowledge）。

交叉询问是首先要谈到的问题。交叉询问的权利可以帮助我们界定什么是传闻证据。这里要问一个问题，它能够帮助我们缩小探讨的范围：为了检验证据的可信度，你要对谁进行交叉询问，是证人席上的证人还是原来说出这句话的人？如果你要交叉询问证人席上的证人——也就是说，对证人的交叉询问足以检验证据的可信度——那么法庭外的陈述就不是传闻证据。但是，如果要检验证据的可信度就要交叉询问原始陈述人，那么它就是传闻证据。

这个标准很管用，因为它能够解释说明所谓的学术定义：传闻证据是依靠庭外陈述人的诚实性来确定其证明价值的证据。既然交叉询问对真实性的检验方式，那么这个定义就准确地指出了需要保护的利益——你要交叉询问谁？

但是其优点也仅限于此。这个学术定义存在严重的缺陷，它不仅用词蹩脚，而且在激烈的审判过程中几乎无法方便地适用。因此，普通法——初审律师、初审法官和上诉法院——发展形成了一个在对抗辩论中使用更方便的定义：传闻证据是法庭之外的陈述，它被提交来证明其主张事实的真实性。虽然它比前面那个定义更长，但是它更容易适用，因为它被分解成两个要素：

1. 庭外陈述；
2. 被提交来其主张事实的真实性。

尽管很多文章和司法意见都使用“被提交来证明其主张事实的真实性”这种说法，但是其含义简单点说就是“被提交来证明其真实性”。

给这个定义减减肥，终于容易适用了：

1. 庭外陈述；
2. 被提交来证明其真实性。

几乎所有的司法管辖区都采用了传闻证据的这个定义。在几乎所有的情形下，它的结果都会与前一个定义一模一样，只有一种情况例外：那就是当庭外陈述人就是出庭作证说

明其庭外陈述的证人时。此时，根据第一个定义这个陈述就不是传闻证据；但是根据第二个定义它就仍然是传闻证据。

学术界曾经对这两个定义之间的差别没有什么兴趣，但是后来诞生了《联邦证据规则》——50年以来证据法领域内最重大的事件。虽然看上去规则的起草者们是采用了那个简洁的、双要素的定义，而实际上他们却是创造出了二者的复杂混合体。

《联邦证据规则》第801（c）条规定："传闻证据是陈述者在庭审或听审之外作出的陈述，将其作为证据提出是用来证明其主张事实的真实性。"

它看上去和第二个定义一样，实际上也是。而问题在于，根据第801（d）条的规定，证人在出庭前作出的陈述——经宣誓作出的、可受到伪证罪处罚的此前矛盾的陈述（prior inconsistent statement），此前一致的陈述、此前的身份辨认和自认——人们认为它们都不是传闻证据。然而，它们却是用来证明其真实性的。

为什么这样呢？第801（c）条的传闻证据定义不能给出答案。起草者们在自认、此前一致的陈述、此前矛盾的陈述和此前的身份辨认方面选择了第一个传闻证据的定义——学术定义，尽管他们没有直接承认过。他们说这些陈述不是传闻证据，因为它们不依靠庭外陈述者的诚实性来确定其证明价值。因此，根据这个学术定义它们不属于传闻证据。

这是否意味着《联邦证据规则》宣布使用一个定义而实际上却使用了另一个定义呢？不幸的是，他们也没有坚持另一个定义。学术定义不能适用于证人此前的陈述。当前感受的表达（present sense impressions）、激情陈述（excited utterances）、身体状况的陈述（statements of physical condition）以及《联邦证据规则》第803条中规定的作为传闻证据规则例外情形的其他陈述，如果符合例外情形的要求，可以由原来的陈述者出庭作证。它们也许具有可采性，但是它们仍然是传闻证据，即使按照《联邦证据规则》的规定也是如此。

打算学习传闻证据基本定义的初审律师该怎么做呢——厌恶而绝望地举手投降？不。要学那个简单的传闻证据定义：庭外陈述，提交它是为了证明其内容真实性。然后，无论我们喜不喜欢，我们只需要记住自认、此前一致的或矛盾的陈述以及此前的身份辨认，都被《联邦证据规则》称为非传闻证据。

抽象的概念总是难以理解，传闻证据的定义也不例外。有几个例子可以说明传闻证据的双要素定义很容易适用。要记住必须满足两个要求：庭外陈述，用来证明其真实性。每次证人站在证人席上重复某人在法庭之外说过的话时：

"我听见一个旁观的人说当时是红灯。"

提交这个证据证明当时是红灯，就是传闻证据；但是，提交这个证据证明那个旁观的人意识清醒，就不是传闻证据。

"我听见一个机械工告诉飞行员飞机的方向舵不能正常运转了。"

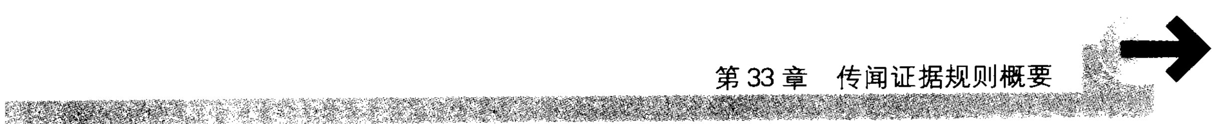
提交这个证据证明方向舵不能正常运转，是传闻证据；提交这个证据证明飞行员知道飞机存在缺陷，不是传闻证据。因为它很可能与两个证明用途都有关联性，所以法官必须根据当事人提出的请求给出有限可采性指示。

"我听见给钱的人在递给他一张100美元的纸币时说：'约翰，这些钱给你。'"

假如接钱的人在一起债务纠纷案中提交这个证据进行答辩，证明这100美元是赠送物而不是借款，这就是传闻证据，对吗？

不对。

这难道不是用来证明陈述的真实性吗？不，它是用来证明他说过这些话。法律并不关心给钱的人心里的意图，它关心的是一个理性的人认为他的意图是什么。这句表达赠与意



图的话是完整赠与行为的一个构成要件，因此，这句陈述属于言语行为。

这个案件的问题在于，虽然把这句话提交为证据不是用来证明其真实性的——因为赠与和合同的客观说——但是有些人会把它们当传闻证据来看。赠送人把钱拿给接受人的陈述被用来证明赠送人把钱给了接受人。

如果言语行为——有法律意义的语言——你弄不明白，那么有一种假设一定可以帮助你解决问题。

罗塔·比克斯是实验室的技术员，诽谤首席病理学家、医学博士哈罗德·莫迪卡特。她说："莫迪卡特博士是个骗子、小偷，是个会把一切能偷走的东西都偷走的卑鄙狗崽子。"莫迪卡特起诉比克斯的时候，传唤了一个证人到庭作证，他听见她对另外50人说了这些话。

比克斯认为证人的证词是传闻证据的时候，莫迪卡特的回应很有用：

法官大人，证人在证词中谈到罗塔·比克斯说："莫迪卡特博士是个骗子、小偷，是个会把一切能偷走的东西都偷走的卑鄙狗崽子。"这句话不是传闻证据。我并不是用它来证明我是个骗子、小偷，是个会把一切能偷走的东西都偷走的卑鄙狗崽子。相反，我只是要证明她曾经说过这句话。

这句话就具有法律意义，它是诉因（cause of action）的一部分，提交这一证据不是用来证明其内容的真实性。构成赠与或者合同的那句话也是同样，尽管把它们采纳为证据有时候也可能使它们变成现实。

口头或者书面的话语很容易被认为是陈述。代替语言的行为也是如此，例如预先约定好在老教堂的塔楼里点亮火光或灯光。替代语言的行为可以成为传闻证据。如果只是点点头而没有说"是的"，那么这也是传闻证据。

但是，实施行为时不是为了传递信息，而后来却提交这一证据来证明某种假设的真实性，而这一假设正是该行为的基础，此时问题就出现了。这听起来很复杂，其实不然。

有一个判例（*Wright v. Doe d. Tatham*, 7 Adolph. & E. 313, 112 Eng. Rep. 488 (Exch. Ch. 1837)），涉及写给遗嘱人的几封信，从每封信都可以推论出遗嘱人神志清醒。可是提交这些信件来证明遗嘱人神志清醒的时候，它们却被排除了，因为它们是传闻证据。实际上，提交这些信件是用来证明其暗含陈述的真实性，而这正是它们赖以存在的信念。

这叫做"非主张性行为"（nonassertive conduct），因为它是不以提出主张为目的的行为，即使后来它被用来提出主张。

有些州不接受这个理论，《联邦证据规则》也是同样。第801条规定："'陈述'是（1）口头或者书面的主张；（2）一个人的非语言行为，其目的是提出主张。"

换句话来说就是，《联邦证据规则》规定非主张性行为不是传闻证据。这并不意味着根据《联邦证据规则》的规定，非主张性行为就自动地具有可采性了。相反，这意味着要根据第403条中关联性的一般标准来审查它，而不是根据具体的传闻证据规则来审查。

以上这些就是传闻证据的基本规则，但是那些例外情形呢？

最多可以有100种为人们所认可的传闻证据规则的例外情形，这就看你想要有多么具体了。《联邦证据规则》列举了29种正式的例外情形。另外，《联邦证据规则》认为自认不是传闻证据，也承认此前的身份辨认、此前一致的或矛盾的陈述都不是传闻证据。

在所有例外情形中，大概有十多种情形需要初审律师在日常执业中能立即辨认出来。大部分诉讼律师都会认为以下例外情形应当包含其中，当然也可能会有人认为还有一些情形也应该包括进来。

自 认

自认是一方当事人与其在诉讼中的立场不一致的行为或者陈述。不管怎么样，这种例外情形在大部分案件中都会出现。它有些显著特征：

1. 不需要一手信息。
2. 这可能以意见证据（opinion）的形式出现。
3. 陈述者进行陈述或者作出相当于陈述的行为时，该陈述不必违背他的利益。
4. 不需要对质——因为整个审判过程就是对它的对质。这意味着对方当事人作证时，可以用自认来弹劾他，而无须遵循卡罗琳女王案（*Queen Caroline's Case*，2 Brod. & Bing 284，313，129 Eng. Rep. 976（1820））中设立的规则。
5. 沉默可以成为自认——但是要注意，大多数法庭对这种情形的要求都很宽松，在拿不准的情况下也会采纳这种证据。（See *Note*，*Tacit Criminal Admissions*，112 U. PA. L. REV. 210（1963）.）

代理自认（vicarious admissions，某人代替一方当事人作出的自认）也是可采的。在普通法中，雇员的代理自认不具有可采性，除非作出该陈述是雇员的工作内容。根据《联邦证据规则》第801（d）（2）条，如果陈述与雇员的工作内容有关联，那么雇员的陈述具有可采性。这是偏离普通法的一个信号。

此前对财产享有所有权的人，在占有财产时作出了陈述，如果提交该陈述来反对财产的继受人，那么普通法认为这一陈述可以被看作是自认。（*Du Bois v. Larke*，175 Cal. App. 2d 737，346 P. 2d 830（1959）.）除了该陈述可以成为违背自己利益的陈述以外，《联邦证据规则》显然没有纳入这种例外情形。

为了避免混淆，不要说成“违背自身利益的自认”，这个短语具有误导性，因为在作出陈述时，它不一定是不利于陈述者利益的，而且它也容易混淆下一种例外情形——违背自身利益的陈述。

违背自身利益的陈述

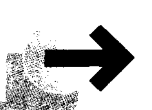
其要件包括：

1. 它是陈述。
2. 违背非当事人陈述者的金钱或者所有权利益。
3. 陈述者作出陈述时知道这是违背他的利益的。
4. 陈述者不能出庭作证。

在普通法上，只有金钱和土地才有足够的分量。在刑法上不利于陈述者的陈述不具有可采性。根据《联邦证据规则》第804（b）（3）条，在刑法上不利于陈述者的陈述具有可采性，但是如果提交它是为了免除刑事审判中被告人的罪责，那么就需要进行补强。实际上，这条规则也适用于州的刑事审判。（*Chambers v. Mississippi*，410 U. S. 284（1973））参见《联邦证据规则》第804（a）条中规定构成“不能出庭作证”的众多情形。

临终陈述

其要件包括：



1. 它是陈述。
2. 陈述者知道自己马上要死亡。
3. 陈述者不抱有任何活过来的希望。
4. 陈述者实际上随即死亡。
5. 陈述内容有关其即将死亡的原因或情况。
6. 在陈述人死亡的杀人案中提交该陈述。
7. 为了使被告人承担或者免除罪责。

普通法规则受到以上条件的限制。但是,《联邦证据规则》第 804（b）（2）条将临终陈述扩大适用于民事案件，并且取消了“不抱任何活过来的希望”这个要求和必须即将死亡的要求（the necessity of dying），不需要达到这两个要求陈述也可具有可采性。不过，仍然要求陈述者不能出庭作证。

惊骇表达

这个例外以前被扔在传闻证据规则的“垃圾筒”——行为的组成部分（res gestae）里面。原来这个词还挺有用的，但是现在它的内涵远不够明确，因为其中包含了太多的例外情形，甚至还包括一些非传闻证据。本能表达包括言语行为、身体状况、主观心理状态、惊骇表达和当前感受的表达。现在大部分初审律师都把它们各自单独归类，但是如果法官听到这些词汇仍然无动于衷的话，他们还是可以鼓足勇气进行解释：“法官大人，它是本能表达中的一种。”

欧文·杨格在全美出庭辩护研究会（National Institute for Trial Advocacy）的课堂上讲解道，惊骇表达非常容易认出来：它们的开头都是“我的天呐”，而且结尾都是感叹号。它包括四个要件：

1. 它是陈述。
2. 由令人激动的事件引发。
3. 其内容是对该事件的解释或者与该事件相关。
4. 作出该陈述时没有时间进行思考。

最后一个要件以前通常表达为“事件发生时或随即作出该陈述”，但后为法院在“塞斯特罗诉费拉拉案”（*Ceatero v. Ferrara*，57 N. J. 497，273 A. 2d 761（1971））中采纳了这个法律教授的意见，在该案中原告在医院苏醒时马上作出了惊骇表达，与事故发生间隔了一段时间。

《联邦证据规则》第 803（2）条的规定也与此类似，要求陈述者在作出陈述时“处于事件或情势带来的刺激之中”。

当前感受的表达

当前感受的表达是与惊骇表达联系紧密的另一种传闻证据规则例外情形。确立该规则的判例是“休斯敦氧气公司诉戴维斯案”（*Houston Oxygen Co. v. Davis*，193 Tex. 1，161 S. W. 2d 474（1942））。该案中的司机一边追赶一辆超车的汽车，一边向乘客们描述他的追赶过程，这件事还算不上令人激动的事件，法院裁决排除这份证据是错误的。不过，当前感受的表达和惊骇表达基本相同，当前感受的表达不需要事件具有刺激性，这一点或多或少通过限制事件发生和作出表达之间的时间间隔进行了弥补。它包括三个要件：

1. 它是陈述。

2. 是对事件或情势的描述。

3. 感知过程中作出或随即作出。

《联邦证据规则》第 803（1）条采用当前感受的表达这一例外情形之前，休斯敦氧气公司案中确立的规则只为少数州所适用。

乔恩·R·沃兹教授认为这条规则应该增加一层保障：在陈述作出之后应当有人有机会立即核实其准确性。（See Waltz，*Present Sense Impression and the Residual Exceptions：A New Day for "Great" Hearsay?*，LITIGATION，Vol. 2，No. 1，p. 22（1975）.）

身体状况

有四点需要记住：

1. 关于当前身体状况的陈述可以作为传闻证据规则的例外情形而具有可采性，无论是对谁作出的。

2. 本能的哭喊、呻吟以及痛苦表情都是身体状况的间接证据，除非是假装出来的（此时就不是本能的）。

3. 关于过去身体状况的陈述（病史），如果是向医疗技术从业人员（医生）作出的，并且只是为了寻求治疗，那么它具有可采性。他们只在与治疗相关的范围内具有可采性。主流规则认为这样的陈述只能被采纳来"解释"医生的意见。然而，极少数州的规则是，此类陈述是传闻证据规则的绝对例外，具有可采性。

4.《联邦证据规则》第 803（4）条规定，为了进行医疗诊断或治疗而作出的陈述具有可采性。这个简单的短语使得这条规则与普通法之间存在两处重要的差异：第一，陈述不一定直接对医生作出；第二，陈述不一定是为了治疗而作出的，也就是说，取消了治疗医生（treating doctor）与非治疗医生（non-treating doctor）之间的差别。

花点时间来想想这意味着什么：你不必传唤治疗医生来证明你的病史——非治疗医务专家也能胜任。

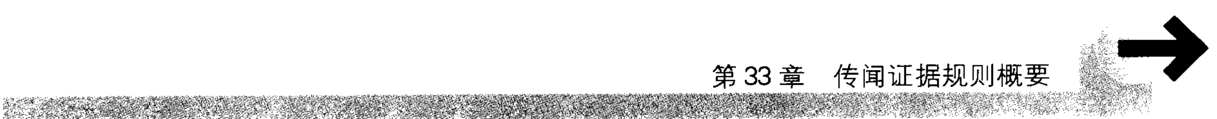
主观心理状态

关于当前主观心理状态（state of mind）的陈述可以作为传闻证据规则的例外情形而具有可采性。如果主观心理状态是案件中的争点时，它们的可采性没有疑问。因此，如果被告对于原告的敌意在案件中具有关联性，毫无疑问，他说的"我恨麦克道格"这句话具有可采性。

请注意，如果这个人说"麦克道格是个讨厌的家伙"，提交这句话来证明陈述者对他的敌意时，它就不应该成为传闻证据。为什么？因为它是证明陈述人主观心理状态的间接证据。与此类似地，如果作证证明的是针对麦克道格的敌意行为——比如放掉他轮胎里的气或者用砖头砸他的窗户——而不是针对他的敌意陈述，那么这也是某人主观心理状态的间接证据，也不属于传闻证据。

换句话说，非主张性行为在主观心理状态中不能成为传闻证据。为什么会这样呢？因为行为人的行为直接表明其主观心理状态，而它本身就是争点问题。没有必要在间接证据中再构建出一种暗含的陈述。

如果主观心理状态不是案件的争点，那么它是不是传闻证据规则的例外情形就存在麻



烦了。在著名的“纽约人寿诉希尔曼案”（*Mutual Life Ins. Co. of New York v. Hillmon*，145 U. S. 285（1892））中，“我要去克鲁克特城”这句话被采纳来证明陈述人后来去了克鲁克特城。简单点说就是，主观心理状态可以被采纳来证明陈述人做了他说他要做的事情。因此，主观心理状态在时间上能够“向前看”。

在谢帕德案（*Shepard v. United States*，290 U. S. 96（1933））中，谢帕德太太在临死前说：“谢帕德医生对我下了毒。”这句话不符合临终陈述的要求，因此按照“主观心理状态例外”来提交。联邦最高法院认为她的陈述不能被采纳来证明谢帕德医生对他的太太下毒。最高法院的主要观点认为，主观心理状态的陈述在时间上不应该往回追溯。也许更重要的原因是卡多佐大法官的法律意见中表达的观点——该陈述与陈述人的行为无关，而是与其他人做过的事情有关，但是几乎没有人理会过这个理由。

在遗嘱纠纷诉讼中，主观心理状态的陈述用来证明某人立了遗嘱或者撤销了遗嘱、证明遗嘱的内容时，或者用来辨认遗嘱时，该陈述在时间上往回追溯也是具有可采性的。而在其他类型的案件中，回顾性的陈述通常不可采。

主观心理状态的陈述用于证明陈述人以外的其他人的行为时，如果该陈述指的是将来的行为，那么该陈述不可采。（参见 *People v. Alcalde*，24 Cal. 2d 177，148 P. 2d 627（1944）中的反对意见和《联邦证据规则》第 803（3）条。）

此前的证词

传闻证据规则是用来保护交叉询问的权利的。有时候权利已经行使，因此它们可以成为规则的例外情形。通常情况下，此前的证词满足这个要求。

最简单的例子就是对案件的重审（retrial）。由于法律更愿意接受现场证言，所以上一次庭审的文字记录不具有可采性，除非某个证人无法出庭。也就是说，某个证人不能出庭的情况下，那么他此前的证词具有可采性。

除了不能出庭作证的情形之外，通常还包含当事人的联合、利益的联合和交叉询问的权利（a unity of parties and interests and the right to cross-examine）。

有时候这些要求适用面太广，有些站不住脚。这条规则的判例是“旅行者火灾保险公司诉赖特案”（*Travelers Fire Ins. Co. v. Wright*，322 P. 2d 417（Okla. 1958）），该案中有个证人此前在针对赖特哥哥的刑事指控中出庭作了证，后来不能出庭作证了，而他此前的证词在赖特弟弟提起的民事诉讼中被法庭采纳为证据。

此前的身份辨认

早期的案件只有为了对当庭辨认进行补强时才会采纳此前的身份辨认。但是，自德西斯托案（*United States v. De Sisto*，329 F. 2d 929（2d Cir. 1964））开始允许将此前的身份辨认看作传闻证据规则的例外情形而且有可采性。起草《联邦证据规则》时这条规则也被包括在建议稿中，后来国会去掉了这一条，但最后还是恢复了它，根据第 801（d）（1）（c）条的规定，此前的身份辨认具有可采性。尽管它被采纳来证明其主张的事实，但是《联邦证据规则》仍然将其归为非传闻证据一类。

过去记录的回忆

首先要把“过去记录的回忆”和“当前唤起的记忆”区分开来。每个人都会有暂时的失忆，但可以通过提醒来唤起记忆，可以使用语言、图片、备忘录，甚至气味或者其他刺激感观的物品。证人暂时失忆，然后通过提醒回忆起了刚才暂时没有记起的事情，这就叫做“当前唤起的记忆”。用来唤起记忆的物品不是传闻证据，因为它们没有被提交为证据，不是为了证据本身的真实性。（确实没有必要将它们提交为证据，如果提交了，对方可能以传闻证据为由提出异议。）

过去记录的回忆与此不同。因此，你需要：

1. 一份文书（专门术语——任何形式的记录都可以）。
2. 事件发生时或随后不久作出的（接近发生或感知的时间）。
3. 由具备第一手信息的人作出（由本人作出、在本人指导下作出，或者当时为本人所采纳）。
4. 此人现在想不起来（必须首先使用该文书唤起记忆）。
5. 但此人能提供“准确性的保证”（亦即，作证说明文书在制作时是准确的）。

根据《联邦证据规则》第803（5）条的规定，第二个要件可以宽松一些，因此只要求这份文书是在“对事件的记忆尚且清晰”时作出的，可以作为证据进行宣读，但是不得被用作实物证据，除非是由对方提交的。

有些司法管辖区没有采纳后面这项限制条件，它是用来防止证人声称这不能唤起他的记忆，从而使该文书被采纳为证据，这样陪审团随后就可以阅读这份证据，相对于其他口头证词而言就加强了这份书面证词的影响。

业务记录

业务记录例外的前身是商店账簿规则（shop book rule），它实际上就是把“过去记录的回忆”规则改造了一下。

几乎每个司法管辖区都颁布了业务记录制定法，规定经（记录保管人）合理证实的业务记录是传闻证据规则的例外情形，具有可采性。根据具有代表性的制定法的规定，业务记录要具有可采性，除了是在事件发生时或随后不久制作的之外，记录还必须是在正常的业务过程中制作的，而且制作记录必须属于正常的业务流程。这两个要求听起来像是重复的，其实不然。“在正常业务过程中作出”指的是制作记录的方式和时间，“制作记录是正常的业务过程”则意味着该记录必须与业务行为有关。

其他的异议，包括记录人缺乏第一手信息的情形，只影响业务记录的证明力大小，而不影响其可采性。

有些重要的案例对业务记录制定法作出了解释。第一个就是“约翰逊诉卢兹案”（*Johnson v. Lutz*，253 N. Y. 124，170 N. E. 517（1930））。该案中，警方的报案记录（police report）明显属于业务记录，但是这份记录被用来证明旁观者对侦查人员所说的话的真实性时，不具有可采性。这种情形与制定法中暗含的意思不一样，因为旁观者没有“职责”（business duty）向警察报告。实际上，这是传闻中的传闻，业务记录规则足以解决这份业务记录中的所有传闻证据问题，但是不能解决这份报案记录里面存在的传闻证据，在这个问题上没有例外。

如果不这样来分析的话，就难以解释另一个看上去与此相矛盾的案例——“凯利诉沃塞曼案”（*Kelly v. Wasserman*，5 N. Y. 2d 425，158 N. E. 2d 241（1959））。该案中的业务记录是一份福利工作报告，它里面有写给福利工作员的一段话，而写上这段话并不是出于职责的需要，不过这段话构成诉讼中的自认。因为对于“内含的”传闻我们有一项单独的例外规则，所以这份报告被裁定为具有可采性。

第三个重要的案例是“帕尔默诉霍夫曼案”（*Palmer v. Hoffman*，318 U. S. 109（1943））。该案裁定，以诉讼为目的的业务记录（一份铁路事故调查报告）是不可采的，案例确立的证据规则被普遍遵循，但是就以诉讼为目的而作出的陈述而言，如果有明显迹象表明其可信度，那么该陈述具有可采性。（*Yates v. Bair Transp. Inc.*，249 F. Supp. 681（S. D. N. Y. 1965）.）

弗兰克·F·里德院长在《不够革命》（*Something Less Than Revolutionary*，LITIGATION，Vol. 2，No. 1，p. 25（1975）.）一文中分析认为，《联邦证据规则》第803（6）条遵循了“约翰逊诉卢兹案”（Johnson v. Lutz）和“帕尔默诉霍夫曼案”（*Palmer v. Hoffman*）中确立的原则。

学术文献

在普通法中，可以用学术文献弹劾专家证人——但是只能把学术文献当做此前矛盾的陈述来使用。换句话来说，证人必须以该文献为基础得出他/她的结论，或者至少承认它在该领域内的权威性。和此前矛盾的陈述一样，学术文献只能被采纳来弹劾，不能用来证明其内容的真实性。

在实践中很难通过学术文献弹劾专家证人，因为他们往往不会承认那些文献的权威性，哪怕它们是水准非常高的著作。

《联邦证据规则》第803（18）条规定，学术文献属于传闻证据规则的例外情形，具有可采性。它们的权威性可以由遭到弹劾的证人来证实，可以由其他证人来证实，也可以通过司法认知来证实。它们不仅可以被采纳来用于弹劾，还可以用来支持直接询问。但是，与《联邦证据规则》规定的过去记录的回忆一样，它们不得被用作实物证据。此外，它们只能被采纳来在交叉询问中引起证人的注意，或者作为直接询问的依据。这意味着即使你可以用司法认知证明文献的真实性，法律仍然要求传唤一个专家证人才能使它具有可采性。

第 34 章 传闻证据规则的克利夫兰例外

初审律师们知道，三个最常用的证据方面的异议中有两个在法学院里甚至都没有人教过。如果你想做个全国性的调查来确定三个最常见的具体异议理由（当然不包括简单的概括异议），你很可能会得到以下结果：

1. 提示证人。

2. 已经问过，且证人已回答（asked and answered）。

3. 纠缠证人。

这一组理由并不能给人留下很深刻的印象。在这当中，法学院只规规矩矩地教过“提示证人”，另外两个都留给了终极法律诊所课程——执业。

但是，这种省略也并不会非常危险。“已经问过且证人已回答”和“纠缠证人”提出来的智识上的挑战通常只需要真正学习上一分钟就能够突破。

然而，这些结果却是一个严重问题的表征。

再做一次全国性调查，这一次问问拥有一至三四十年出庭经验的律师们，就问他们两个问题：

1. 你是在哪里真正学到证据规则的？

2. 作为初审律师，你认为自己在哪个课程上欠缺最多？

你知道最多的回答是什么吗？它们听上去前后矛盾，令人不可思议：

1. 我开始接手案子之后才知道证据法是什么，我是在法庭上学到的。

2. 在我运用最多的所有课程中，我觉得证据法是最弱的。

这样的回答应该让法学教育者们感到犹豫，他们是犹豫了。在过去的二三十年中，在智识上坚实的初审辩护课程和证据法课程有了巨大的发展，设置它们实际上旨在教授在庭审过程中提出异议和反驳异议时需要的一些实用技巧。

但是证据法的学习并不会随着毕业而结束。

无论在法学院还是毕业后的正规课程中学到了什么，证据法教育仍然在诉讼实务中继续。

在超负荷的庭审压力中，律师们提出异议，遭到反驳后被法官裁定，往往任何参与者——包括法官——都没有机会进行任何类型的法律研究。

这个制度产生出了自己的习惯法——一套操作规则，其中有一些规则与任何制定法、判例或公布的法庭规则都有非常大的出入。

幸运的是，很多这样的证据“规则”都局限于一个领域之内。举一个例子，马里兰州在文书方面有异常奇怪的做法。如果对方使用了一份文书——无论以什么方式来使用——只要你要求看看这份文书，它就会自动成为证据。

然而，还有一些反常的“规则”在更广泛范围内得到适用。实际上，从某个意义上来



讲，这些非正常证据规则的习惯法与《联邦证据规则》有些类似，尽管没有为所有州明确采用，但是它们在大部分州似乎都是具有说服力的权威规则。

本文的目的不是要消灭异端。它们就像杂草一样，如果把地面上的部分剪掉，它们可能会长得更加凶猛。

但是，优秀的初审律师知道知识就是力量，只要作出正确的论证，他们有时也能够战胜黑暗。接下来是证据方面的一些典型错误，律师们很容易犯这样的错误，而法官们则很可能会接受这样的错误。这些错误大概有几百个之多，但我只挑出了少数几个，如果你再进行第三次调查，它们可能不是最常见的回答，但它们是我最喜欢的。

文件内容不言自明

几乎每一次庭审中都会涉及将文书提交为证据。为了保持问题不那么凌乱，我们来假定一起简单的商务案件。案件的争点在于亚伦·斯特赖克——被告公司的总裁——是否答应过向原告迈克尔·赫尔曼提供5 000立方码的混凝土混合料。市场价涨了，原告要求10万美元的赔偿——他最终从别处购买的价格和他声称被告答应收取的价格之间的差价。

被告人要求由陪审团审理该案，希望在通货膨胀期能够获得陪审团的同情。

为了证明这份存在争议的合同，原告提供了两年前他和被告公司总裁之间往来信件的原件。经过正确的步骤，原告律师请求标识、辨认了这些信件，并证明了它们的真实性，随后将它们提交为证据。初审法官确认这些文件是有法律意义的言语行为——因此不受制于传闻证据规则——驳回了被告就其可采性提出的异议。

接着原告拿起第5号原告方实物证据，这是一封3页纸的信，由亚伦·斯特赖克（被告公司的总裁）签署，而且已经成为了证据。整封信件中，真正重要的就只有日期、签字和一个句子。这个句子是：

> 那么，我们同意提供给你5 000立方码的商用混凝土混合料，2003年5月期间在你的霍普韦尔工地交货，总计312 118.50美元。

原告的律师想要将这句话读给陪审团听，于是就发生了下面这段对话。

原告律师：法官大人，我请求允许证人将第5号原告实物证据中的话念给陪审团听。

辩护律师：反对，法官大人，文件内容不言自明（The document speaks for itself）。

法官：反对有效。

发生了什么事？这个在法学院接受过证据理论（但不是地方性知识）良好训练的原告律师起先是感到懵了。他是不是忘记了什么？他在确立事实基础时遗漏了关键内容吗？但是接着他记起来了，这份文件已经被采纳为证据了。他镇静了一下，然后站起来进行解释。

原告律师：法官大人，请听我说。原告方的第5号实物证据已经被采纳为证据了。这是2002年10月12日由斯特赖克先生——被告公司的总裁先生——写给原告赫尔曼先生的一封信。在这封信里写了协议的细节内容。

法官：我知道，律师，我已经支持了被告方的异议。

原告律师：呃，既然这份文件已经被采纳为证据，法官大人，我请求向陪审团宣读其中的一部分内容。

辩护律师：法官大人，我们坚持反对，文件内容不言自明。

法官：反对有效。原告律师，开始对证人直接询问吧。

原告律师虽然感到不安，但还不至于动摇，他认为自己已经向法官努力争取了，所以他接着转到别的问题上了。

原告律师输了这一个回合，但是下定决心不能输掉整场战斗。所以当天休庭后他去了该县法律图书馆，去找找看有没有什么办法能够把这封信读给陪审团听。

最初他有些泄气，因为他没有查询到任何索引中有“文件内容不言自明”。

然而，他发现文件被采纳为证据之后，初审法庭有权允许将文件的全部或者一部分向陪审团宣读。

他能不能让上诉法院相信是初审法官滥用了自由裁量权，不允许他把文件的一部分内容读给陪审团听？不大可能，因为文件已经被采纳为证据，那它就可以给陪审团审查，可以在最后陈述中使用，也可以在庭审结束时让陪审团带进评议室。

因此，从实际角度来看，他知道很难证明法官的裁决确实存在偏见。

不过，如果现在就能够把这句话读给陪审团听，那将会有所帮助。有没有什么办法可以让他说服法官改变裁决呢？他偶然看到《麦考密克论证据》中的最佳证据规则（*McCormick on Evidence*，§ § 229—43（4th ed. 1992）)，于是他想出了一个办法。

第二天早上，陪审团还未进场前他就站起身来对法官说话。

原告律师：法官大人，您一定记得，昨天有一份很长的文件，我请求将其中的一部分内容读给陪审团听，被告方提出了异议，理由是“文件内容不言自明”。我承认当时试图作出回应时没能作出恰当的反驳，请允许我现在进行回应。

毫无疑问，是否允许将已被采纳为证据的文件向陪审团宣读，您拥有自由裁量权。（Poole v. Life & Cas. Ins. Co. of Tenn.，47 Ala. App. 453，256 So. 2d 193（1971）.）

被告方提出异议的理由——文件内容不言自明——是对最佳证据规则的误解。该规则禁止使用传来证据证明文件的内容，除非已经解释了原始文件的下落。可是，法官大人，我们已经解释原始文件的下落了——我们已经将它提交为证据了。

如果我当时要求赫尔曼先生解释一下这份文件，这可能会带来最佳证据的问题和禁止口头解释规则(Parol Evidence Rule，这一证据规则禁止书面合同的一方当事人使用口头形式的证据对合同内容进行添加、删除或修改。——译者注）的问题。但是我没有让他解释文件，只是让他读出其中的一部分内容而已。

赫尔曼先生宣读这份文件，并不会违反最佳证据规则，他只是为我们大家节约一点时间，把文件中最重要的内容读给陪审团听，就不会迫使他们费劲地看完整个文件。

最后，法官大人，您允许证人宣读文件的权力隐含在《联邦证据规则》第 106 条当中，这就是完整性规则，如果被告方想要把文件的其他任何部分读给陪审团听，当然也可以。

法官：被告律师，原告的观点似乎很有道理。对于你提出的异议，你有什么权威依据吗？

被告律师：什么？呃，法官大人，我没有什么判例，但是我总是听到人说，呃，文件内容不言自明，我……

法官：我同意你宣读信件。请陪审团入席。

这不是最佳证据

律师们会以此为由提出异议吗？

每天都会有这种事情发生过。

也许最可笑的例子就是针对一张火车头的照片提出这种异议。

而更为常见的情形通常都是这样的：

被告律师：请告诉我们，12月19日，事故发生的那天，天气怎样？

原告律师：反对，法官大人。如果被告律师想要证明天气情况的话，他应该提供气象记录。证人的回忆不是最佳证据。

最佳证据规则要求提供可以取得的最好的证据，这个想法只有律师们才会取笑它（考虑到规则的名称）。这就是学者们——包括《联邦证据规则》的起草者们——要尽力改变规则名称的原因。麦考密克称之为"出示原始文书的要求"（*McCormick on Evidence* § 229（4th ed. 1992）），但是《联邦证据规则》第102条的标题是"原件要求"。

问题在于，早期的作者们确实坚持认为出示"最佳证据"是一个概括性的要求，而且现代有些案例也遵循这一要求。（*Padgett v. Brezner*，359 S. W. 2d 416（Mo. App. 1962）.）

但是，在绝大部分的司法管辖区，最佳证据规则仅仅是指，证明一份文件的内容时，你必须出示原件或者给出不能出示原件的合理解释。

这就意味着，证人掌握了一手信息时，他就可以证明这个事实——即使还有某份文件也记录了这一内容。

"赫尔齐希诉斯维夫特公司案"（*Herzig v. Swift* & Co.，146 F. 2d 444（2d Cir. 1945））就是一个很好的例子。该案中尽管有一些业务记录中记载了合伙收入的信息，但是法院裁定，拒绝让拥有一手信息的证人就此出庭作证构成了可撤销判决的错误（reversible error）。关键在于证人不是要去证明他在业务记录中看到的内容，而是要提供他的一手信息。但是，如果他的信息来自于记录簿，那就会违反最佳证据规则。

换句话说，判断的标准不在于信息是否存在于文件里面，而是在于信息是否来自于文件。在我们所假设的案例中，有没有气象记录的存在都没有关系，只要证人根据自己掌握的信息来作证——而不是因为看了气象记录——那么就不会违反最佳证据规则。

反对，法官大人，这不是对问题的回答

现在我们再假设另一个案子。罗伯特·詹宁斯对约翰·霍莫提起民事诉讼，因为他们在观看超级杯橄榄球赛电视转播时，在中场休息阶段发生争执，他被打伤了。詹宁斯到霍莫家做客，这两个曾经的朋友为各种职业四分卫的优点争执不休，然后就开始大打出手。

原告詹宁斯的律师，传唤了一个目击证人卡罗尔·西蒙斯女士，来证明争执是怎么开始的：

原告律师：那么西蒙斯女士，中场休息时你在哪里？

西蒙斯女士：嗯，我看见约翰·霍莫抓起一个沉甸甸的装满烟蒂的玻璃烟灰缸，把它扣在鲍勃·詹宁斯的头上。

被告律师：反对，法官大人，这不是对问题的回答，我申请删除回答的内容，并且请求您向证人作出指示，只能对提出的问题进行回答。

法官：反对有效。陪审团不要考虑这个证人对最后一个问题的回答。西蒙斯女士，你不是这个案子的律师，你只能对提出的问题进行回答，不要主动增加任何信息。明白吗？

那么，这有什么问题吗？证人当然没有对问题进行回答。这是提出异议的依据，不是吗？

它是提出异议的依据。不过，答非所问的异议只能由提出问题的一方提出来，不是对方。（*See Hester v. Goldsbury*，64 Ill. App. 2d 66，212 N. E. 2d 316（1965）.）为什么应该

这样呢？

提出问题的律师如果想把他需要的信息逐步展现出来的话，他就有权这样做。答非所问的回答就会妨碍这项权利的行使。

此类异议最大的价值也许就在于在直接询问或间接询问中控制怀有敌意的证人，如果不这样的话，他们就有可能利用每一个问题向陪审团阐述自己的观点。

它的使用并不限于敌意证人，在任何情况下都可以使用——但是只能由提出问题的人使用。

那么对方呢？对于竭力阻止不具有可采性的证据进入庭审的对方而言，答非所问的异议不能帮他做点什么吗？

虽然对方没有类似以答非所问为由的异议，但是答非所问的回答确实有点用处。回忆一下这个要求：异议的理由一旦合理地表现出来时，通常就必须立即提出异议。这通常就意味着，提出问题之后、尚未回答之前，就必须提出异议。否则，异议权就被放弃了。（*Cheffer v. Eagle Discount Stamp Co.*，348 Mo. 1023，156 S. W. 2d 591（1941）.）

对正当问题的回答如果是答非所问的话，只有在给出回答之后才能使异议的理由表现出来。这就是说，答非所问的回答使你可以提出事后取得的（after-acquired）异议，如果针对某个回答的异议的理由（除答非所问以外）在问题提出来时还没有出现，那么对方可以在证人作出回答之后提出异议。

尽管这一条规则很合理，但是习惯性的答非所问的回答确实会侵害对方——即没有提出问题的一方——的正当利益。证据规则认为在证词被说出来之前就进行筛选。因此，法官应该可以随意警示证人以后要所答即所问，即使他具有可采性（但是答非所问）的回答可以保持不变。

但是许多法官和律师并不知道规则是这样的，他们认为任何一方都可以请求去掉答非所问的回答。

知道这些以后，我们再回到假设的詹宁斯案。这次作出一点变动，提出的问题和此前一样，但是回答不同。

原告律师：那么西蒙斯女士，中场休息时你在哪里？

西蒙斯女士：嗯，我听见玛吉·康伦对我说，约翰·霍莫把满满一烟灰缸的烟蒂倒在鲍勃·詹宁斯头上。

这个回答显然是传闻证据。因为它不是对问题的回答，所以被告律师可以在证人作出回答之后提出传闻证据的异议，这不会被视为弃权。

案件进一步发展，这次按照最初的问答来进行：

原告律师：那么西蒙斯女士，中场休息时你在哪里？

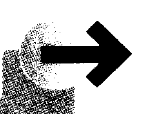
西蒙斯女士：嗯，我看见约翰·霍莫抓起一个沉甸甸的装满烟蒂的玻璃烟灰缸，把它扣在鲍勃·詹宁斯的头上。

被告律师：反对，法官大人，这不是对问题的回答，我申请删除回答的内容，并且请求您向证人做出指示，只能对提出的问题进行回答。

法官正要对异议进行裁定时，原告律师有几秒钟的时间作出反应。假设他和别的律师人不一样——他知道被告方不能对答非所问的回答提出异议。他该不该把这个告诉法官呢？假如他告诉法官了，那么法官作出正确的裁定，而且允许证人的回答保持不变。

然后会怎么样？

陪审团会听到证人的回答，一切就此结束。但是我们假设他没有作出反应。



当然，法官会告诉陪审团不要考虑证人的回答。然后原告律师继续发问：

原告律师：对不起，西蒙斯女士，我可能没有说清楚。我刚才问的是，超级杯橄榄球赛电视转播的中场休息时间开始的时候，你在哪里。

西蒙斯女士：噢，我就在那里，和约翰·霍莫、鲍勃·詹宁斯还有玛吉·康伦在客厅里。

原告律师：你能看见发生了什么吗？

西蒙斯女士：当然。

原告律师：请告诉我们你看见了什么。

西蒙斯女士：嗯，我看见约翰·霍莫抓起一个玻璃烟灰缸——肯定有四五磅重，而且里面装满了臭烘烘的烟蒂——把它扣在鲍勃·詹宁斯头上。

现在发生了什么事？这次是对问题的回答了，而且它被采纳。区别就在于这是陪审团第二次听到这个信息。

为什么这次不是不当重复呢？

因为法官自己说，第一次不算数。

毫无疑问，陪审团更容易记住这份证词。而且，他们甚至可能会对第一次异议产生反感，觉得它只不过是律师的某种技巧，因为只是稍微改动了一下问题，回答就可以不被去掉了。

整件事的教训是什么？如果对方知道自己在做什么，那么你不应该仅仅因为证人对对方问题的回答是答非所问而提出异议。因为法官会犯错误，按你的要求作出裁决，而你一定不想冒这个险。

法官大人，这不是用来证明真实性的

这次我们来假设一起刑事案件，激情犯罪（a crime of passion）。与多数此类案件一样，这个案子本质上也很简单。去年 2 月 11 日，一名 27 岁的已婚妇女琳达·莫斯利被刺死在自己家。而她的丈夫威廉·莫斯利被指控谋杀。

公诉人的案卷中有一封信，是被害人写给她母亲克莱拉·齐默曼太太的。它在莫斯利太太死前三个星期被寄出去。信里面最重要内容是：

比尔又开始酗酒了，这真让我焦虑。他变得很粗暴，我担心我的安全。

公诉人把被害人的母亲齐默曼太太传唤到证人席上之后，要求法庭将这封信编号以供当庭辨认，然后他开始让证人辨认证据。

公诉人：齐默曼太太，我现在拿给你看的是供当庭辨认的控诉方第 7 号实物证据。你能认出它吗？

齐默曼太太：能认出来。

公诉人：你熟悉这封信上的字迹吗？

齐默曼太太：是的，这是我女儿的字迹。

公诉人：你怎么知道呢？

齐默曼太太：自从琳达离开家之后，每个月至少写一封信给我。她 17 岁以来就这样。

公诉人：齐默曼太太，这是不是你女儿琳达·莫斯利的字迹，有没有什么疑问？

齐默曼太太：没有任何疑问。

公诉人：那么，齐默曼太太，你能不能告诉法官和陪审团，你此前是否见过控诉方第 7 号实物证据——这封信？

齐默曼太太：见过。一月底我在邮件里拿到了这封信，大概就是琳达死前的两周半。

公诉人：（把信件的副本拿给辩护律师，原件呈给法官）法官大人，州政府将控诉方第7号实物证据提交为证据。

辩护律师：法官大人，我们可以走近法官席吗？

法官：当然可以。

辩护律师：（在法官席旁）法官大人，辩护方对此提出反对，依据是传闻证据规则。

公诉人：可是，法官大人，这不是传闻证据。我们提交它并不是为了证明它所主张的事实的真实性。

辩护律师：我们认为它是传闻证据，法官大人。

法官：我打算采纳这份实物证据。

辩护律师：我们可不可以请您作出有限采纳指示，法官大人？

法官：可以。

就是这样。这可能是最常见的传闻证据问题，而不是整个异议都失效。为了正确地厘清这个问题，我们必须从头做起。

传闻证据更正式的定义是：依靠庭外陈述人的诚实性来确定其证明价值的证据。虽然相当准确，但是这个定义在审判中很难适用。有一个更简单的定义，划分了两个要素：传闻证据是法庭之外的陈述，它被提交来证明其主张事实的真实性。

请注意这两个要素：

1. 庭外陈述。
2. 被提交来证明其主张事实的真实性。

实际上它可以更加简化，而且仍然可以表达得很准确，只要你记住陈述就是任何形式的主张即可：

1. 庭外陈述。
2. 被提交来证明其真实性。

看看公诉人对被告方异议的回应中所隐含的攻击。他说他提交这封信不是为了证明它的真实性。他所说的话是以下这段话的简写版：

法官大人，对于传闻证据来说，需要满足两个要素。首先是庭外陈述。我们承认这封信满足这个要求。但是还得满足另一个要求，陈述必须被提交来证明其真实性。而我们不是用它来证明它的真实性。这意味着传闻证据规则不能将它排除在外。

这段话很有感召力，不过它完全错了。

为什么？

如果这封信不是用来证明威廉·莫斯利又开始酗酒，而且琳达·莫斯利担心自己的安全，那它是用来证明什么的呢？

仅仅说庭外陈述不是用来证明它主张事实的真实性，并不能使它具有可采性。这份非传闻证据还必须和案件中的某些问题具有关联性。

那好吧，这封信是传闻证据。我们回到法庭上，再给辩护律师一次机会。

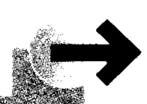
辩护律师：（听到公诉人说提交这封信不是用来证明它的真实性之后）法官大人，我们一定得质疑这一点。如果这封信不是用来证明它说了什么，那么我们看不出来它和本案有什么关联。

公诉人：很简单，法官大人，它能证明陈述者的主观心理状态。

辩护律师：这并不能说明它不是传闻证据，法官大人。

公诉人：那么，如果它是传闻证据，它就符合传闻证据规则中的主观心理状态例外。

辩护律师：我能不能把公诉人的话这样理解：检察官只提交莫斯利太太焦虑并担心自己安全的这部分陈述，而不提交威廉·莫斯利被认为酗酒和粗暴的陈述？



公诉人：不，法官大人。必须用另一部分陈述来证明她的主观心理状态。

法官：我打算采纳这份实物证据。

辩护律师：我们可不可以请您作出有限采纳指示？

法官：当然可以。

这样做达到了什么目的吗？

没有达到任何目的。

这次辩论比此前那次更长，而且公诉人回应说这封信满足主观心理状态例外的要求。有限采纳指示并不能帮助被告方，实际上，它可能会让事情变得更糟，因为它会强调这个不利的信息。

可是辩护律师还是没有把握要点。被害人的主观心理状态不是本案的争点。因此，莫斯利案和加利福尼亚州的一个判例塔利案相似，（People v. Talle，111 Cal. App. 2d 650，245 P. 2d 633（1952）.）在塔利案中，被谋杀的被害人准备了一份陈述，如果她发生意外这份陈述就会被交给当地检察官。当然，这份陈述中影射了被告人。它被采纳为证据，理由是它说明了被害人的主观心理状态。该案判决在上诉时被撤销了，因为被害人的主观心理状态不是案件的争点。

当然，有时候被害人的主观心理状态可能具有关联性。著名的谢帕德案（*Shepard v. United States*，290 U. S. 96（1933））就是一个例子。该案中，被告人声称他的妻子是自杀的。争点在于她所说的"谢帕德医生对我下了毒"这句话（它不满足临终陈述的条件）的可采性。

公诉人向陪审团论证这句陈述证明了谢帕德医生的行为。换句话说，他用它来证明它的真实性。联邦最高法院撤销了有罪判决，但它并不是没有注意到这句陈述被采纳时其证明目的受到限制，它只能用来证明谢帕德太太没有自杀的意图。

但是，在我们假设的莫斯利案中，不存在这样的情况。莫斯利太太的主观心理状态不是案件的争点，而且这封信也是不可采的。声称庭外陈述不是用来证明其真实性的，并不意味着真正如此。庭外陈述必须与案件的某个争点具有关联性时，才能够作为非传闻证据或者作为传闻证据规则的例外情形将它采纳。

但是法官大人，这是为了证明其意图

在英美法的司法体系中，只能使用证明被告人在被指控的罪名上有罪的证据来判定其有罪。这条原则说起来很容易。

换句话来说：如果证据仅仅只能证明被告人是个坏人，很可能犯罪，那么这份证据就不具有可采性。

不过，因为这是一条证据规则，所以其中包含了许多例外。它们都适用一条普遍规则：如果被指控罪名以外的其他犯罪或者违法行为——除了证明被告人是个坏人以外——还能证明其他问题，那么它具有可采性。

《联邦证据规则》第404（b）条对这一规则进行了很好的总结：

其他犯罪行为、违法行为或行为的证据，不得被采纳来证明个人品格，以说明其行为符合其品格，但是，它可以被采纳来证明其他内容，如动机、机会、意图、预备、计划、认识、身份或者无错误或意外。

有几个例子可以说明如何适用这些规则。

1. 动机。被告人强奸了一个6岁的女孩，女孩不能辨认出他。但是有一个目击证人却威胁要指证被告人。被告人杀死了目击证人以阻止他出庭作证，结果被指控谋杀罪。谋杀案开庭审理时，强奸和威胁作证的证据在杀人动机上是可采的。如果没有死亡被害人目击强奸行为并威胁要指证被告人这一事实，那么在谋杀案的审判过程中强奸案的证据则不具有可采性。

2. 意图。被告人签署了一张空头支票，从他的银行账号中支付，支票金额为5 000美元，但是账户中没有资金。一个月前，他从自己账户中开出了另外三张支票都被退回，票面上标注“资金不足”。这一证据可以用来证明意图，哪怕本案中没有指控他此前的这些行为。

3. 预备。被告人被指控抢劫了一家加入联邦保险的银行，这是一项联邦的罪名。在犯罪预备过程中，他偷了一辆车准备用来逃跑。这辆车没有越过州的边界。盗窃车辆的行为不是联邦罪名，也许不会被指控，即便是这样，盗窃车辆的事实可以在联邦法院的审判中用来证明犯罪预备行为。

4. 身份。被告人非常精通于切断结构复杂的防盗报警装置，他总是使用电磁器械和自动膨胀式塑料泡沫使警铃变成哑巴。实际上，他的作案手法（modus operandi）就相当于他的签名。他用这种技术实施其他抢劫案的证据用于进行身份辨别时，具有可采性。

解释其余几种情形的例子也很容易找到。它们都有一个共同的思路，在每一个例子中，其他违法行为的证据除了可以证明被告人是坏人以外，还可以证明其他问题。最终证据被采纳时，被告人就有权利请求法官给出有限采纳指示（如果他认为有用的话），该证据的用途就会被限制在采纳目的的范围之内。

知道这些之后，我们来看看另一个案子。

被告人哈罗德·帕克被指控入室盗窃。确切地说，他被指控强行闯入被害人的房子，偷了些银器和一台彩色电视机。他还有前科——两年前——用同样的方式入室盗窃。

辩护律师知道控诉方的证据中有被告人的前科之后，建议帕克不要走上证人席作证。他作证的话没有多大的用处，可能会在交叉询问时惹出大麻烦，而且除此之外，被告人出庭作证还会使得控诉方能够使用此前的入室盗窃前科来弹劾他。

这个建议不错，特别是由于控诉方在身份确认的问题上证据不够充分。而且，此前的入室盗窃也没有什么特别之处可以用来进行身份确认。

虽然帕克的律师没有自鸣得意，但是，当他突然看见控诉方在主诉举证中开始将帕克此前入室盗窃的前科提交为证据时，他还是错愕。幸运的是，陪审团还没来得及知道这份证据是什么的时候，他得以阻止事态的发展，陪审团还不在场的时候他提出了异议。

辩护律师：法官大人。我们对所有前科证据提出异议。被告人还没有站在证人席上。这份证据在身份确认的问题上不具有可采性，此前的入室盗窃没有什么特别的地方。法官大人，它带有很强的偏见，而且完全没有关联性。

法官：公诉人，在我裁定之前你想要说什么吗？

控诉方：是的，法官大人。入室盗窃是故意犯罪，因此有必要证明具体的犯罪意图（mens rea）。大概唯一的方式就是使用间接证据。而问题在于，被告人实施的犯罪行为很隐蔽。我们几乎无法提交关于其主观心理状态的直接证据。这就意味着我们只能使用间接证据。

法官大人，归根结底，有必要使用此前的入室盗窃前科来证明被告人的主观心理状态。前科证据可以证明他现在受到犯罪指控并不是偶然。我们提交这项证据不是用于身份的确认，法官大人，而是为了证明犯罪的意图。



法官：我会裁定反对无效。如果你愿意，我可以给出有限采纳指示。

辩护律师：法官大人，谢谢。

法官：（对法警）让陪审团入席。

这一次怎么样？这次裁决对吗？当然不对——至少在原则上不对。

强行闯入房子偷走银器和彩色电视机并不是意外。证明该罪所必需的意图完全可以从犯罪本身的性质推论出来。虽然犯罪意图这个要件是必须证明的，但是在本案中它根本就不是一个争点。

这就意味着，陪审团不会按照提交这项证据时的目的来使用它，而是用于它不具有可采性的目的——证明被告人是个坏人——无论法官如何进行指示。

不过，公诉人会提交这样的证据吗？每天都会。

初审法官会采纳这样的证据吗？一直都会。

上诉法院会因为初审法院没有考查此类偏见性证据的关联性而撤销有罪判决吗？很少。

常常让人感到惊讶的是，这个问题会归咎于辩护律师没能正确地进行辩护。要知道，这个问题通常是可以在开庭前就预先解决的问题之一。

对那些从事刑事辩护的人来说，这个问题经常出现，有必要准备一份常用的备忘录作为异议的理由提交给法官。

毫无疑问，大部分司法管辖区存在一些让人脸红的案件，这反映出对用来证明被告人意图的此前不良行为缺乏严格分析。（See *People v. Massey*，196 Cal. App. 2d 230，16 Cal. Potr. 402（1961）.）

不过，有些联邦上诉法院已经开始坚决要求，此前不良行为应当与案件中的某个争点有很强的关联性。（See *United States v. Benedetto*，571 F. 2d 1246（2d Cir. 1978）.）

传闻证据规则的克利夫兰例外

作为最后的花絮，我们再来假设一起刑事案件。被告人迈克尔·多尔斯尼欧被控为了实施强奸而袭击他人。辩护方案是证明被告人当时不在犯罪现场，而错误指认是案件的关键问题。

简单地说，被害人琼·尼科森女士声称迈克尔·多尔斯尼欧在“木桶舞厅”（The Bucket）的后门外袭击她。“木桶舞厅”是当地的一家迪斯科舞厅，单身的年轻人很喜欢去那里。

琼·尼科森女士说遇到袭击之后25分钟左右，她和她哥哥卡尔·尼科森一起进入“木桶舞厅”碰到了迈克尔·多尔斯尼欧，他正和另外三个年轻人坐成一桌。现在，对卡尔——尼科森女士的哥哥——的询问正在进行：

公诉人：尼科森先生，你进入“木桶舞厅”之后多久才看见被告人迈克尔·多尔斯尼欧？

尼科森先生：大概只有一两分钟。

公诉人：然后你做了什么事？

尼科森先生：我和琼走过去到他坐的桌子边上。

公诉人：那么，尼科森先生，当时你妹妹有没有对你说什么？

辩护律师：反对，法官大人，这是传闻证据。

法官：说话的时候被告人在场吗？

尼科森先生：在。

法官：反对无效。继续说。

这就是传闻证据规则的克利夫兰例外。根据这条规则，当着被告人的面所说的任何话都具有可采性。

实际上，这一规则的准确名称还有点混乱。比如，在得克萨斯州的中北部，它叫做传闻证据规则的达拉斯例外。在马萨诸塞州，它叫波士顿例外。而威廉・E・麦克丹尼尔斯甚至在《第 801 条：不止是一个定义》（*Rule 801*：*More Than a Definition*，2 LITIGATION No. 1，p. 17（1975））中指出，它实际上是费城例外。

麻烦就在于，它似乎应该具有正当地位。比如在某些情形下，提交庭外陈述也许不是为了证明其真实性而是为了证明听到这句话的人的反应。有趣的是，它很像另外一条传闻证据规则的例外——默示自认，这样会有些危险。

自认的概念是：自认是一方当事人的所言所行，与其在案件中所处的立场不一致。如果某人被指控犯有某项罪名，而他没有否认，这就是自认。

问题在于它不是默示自认的全部可采性事实基础。《默示的供认》（*Tacit Criminal Admission*，112 U. PA. L. REV. 210（1963））一文中有一份详尽周到的课堂笔记，根据笔记内容，法庭在考虑采纳被告人默示自认的时候，通常应当考虑七个要件：

1. 被告在场时作出。
2. 他可以听见。
3. 他一定能理解其含义。
4. 其内容一定是他认知范围内的事实。
5. 他一定能够说话。
6. 在心理上，他一定能够自由说话。
7. 当时的情形当然要求他作出回答。

（See also *United States v. Alker*，225 F. 2d 851（3d Cir. 1958）.）

仅仅确立事实基础中的第一项还不够。更明显的是，向被逮捕的被告人宣读米兰达警告后被告人保持沉默，这样的证据违反了正当程序原则。（*Doyle v. Ohio*，426 U. S. 610（1976）.）

在我们的案子中，法庭将琼对其哥哥卡尔所说的话采纳为证据之后，迈克尔・多尔斯尼欧最终被认定为有罪，这个案子会怎么样呢？它会在上诉后被推翻吗？也许不会。上诉法院可能会使用无害错误原则——错误使用证据的所有习惯法都能得到这条规则的支持——进行裁判。

第35章 业务记录

法官傻眼了。被告方要提交一份业务记录，这是一份医疗检查报告，里面写了一句话，是原告进入急救室时向医生说的，而这句话是原告的自认。就是它，千真万确。原告说自己没按交通信号灯的指示横穿马路，刚一迈步就让被告人的车给撞倒了。

问题在于，被告律师不知道该怎样把这份记录提交为证据，而原告律师则不知道该怎样将其排除在证据之外，他们俩都没有提到这个问题，但这个问题引起了法官的兴趣。法官想，正是因为会出现这样的情况，所以才产生了弃权原则（doctrine of waiver）和无害错误原则。他还想，如果用正确的方式来处理的话，结果会比现在好很多。

这位法官遇到的情形并不鲜见。很多律师都处理不好业务记录。事实上，前任首席大法官伯格抱怨有太多的诉讼律师根本不能胜任其工作的时候，新泽西州开展了一项调查，想看看该州的初审法官们是否同意这位首席大法官的说法。调查结果很有意思，虽然新泽西州几乎没有哪个初审法官会像首席大法官伯格对律师要求那么严苛，但是他们反复抱怨道，有太多的律师不懂得如何将业务记录提交为证据。

原因很简单。每当可采性的事实基础包含两三个以上的要件时，就可能出现问题。其次，一旦某种证据的可采性事实基础中包括大量的判例法，出现问题的可能性就会更大。最后，只要碰到需要一个以上的证人来确立适当事实基础的情况时（有时业务记录就是这种情形），几乎肯定会出问题。

法律规定

对一般的律师来说，并非业务记录太复杂而无法把握，情况恰恰相反。问题往往不在于知识的欠缺，而在于想法的错误，律师们认为只要知道了业务记录的主要问题，就能够让它们成为证据了。这就像一个飞行员，他可以认为自己在起飞和降落时都不需要对照检查清单来操作，在没有故障的情况下这样有时也不会出问题。但是，正是和这个不使用检查清单的飞行员一样，如果你忘了及时放下起落架，那将会有大麻烦。

使用检查清单也许是处理业务记录最好的方式，它可以确保你不漏掉任何一个要件。

我们要从制定法本身的规定中列出这份清单，也就是《联邦证据规则》第803（6）条“规律活动的记录”。如果满足以下条件，业务记录就可以作为传闻证据规则的例外情形而具有可采性：

是一份关于行为、事件、状况、意见或诊断的备忘录、报告、记录或汇编资料，不论其形式如何，由知道该事件的人或者根据他所传递的信息在事件发生时或随后不久制作，如果是在定期进行的业务活动的过程中持续记录的，并且制作备忘录、报告、记录或汇编资料是该业务活动的常规做法，上述各项通过保管人或其他合格证人的证言所证实，或者

依照本规则第 902（11）条、第 902（12）条的证明或制定法许可的证明所证实，但消息来源、准备方法或准备情况表明其缺乏真实性的，不在此范围之内。本项所称“业务”包括企业、机构、协会、专门职业、普通职业和所有类型的职业，无论是否为了赢利而经营。

看看这条法律规定，如果不容易看明白，那是因为起草制定法的人往往会尽量把所有的内容都写进一个句子里。这条规定第一句话长达 105 个单词，包括七个要件，后面还跟了一句定义，要把意思弄清楚，读一遍恐怕不够。

如果把它变成一列清单，处理起来就会容易得多：

- 任何形式的关于行为、事件、状况、意见或诊断的记录。
- 在事件发生时或随后不久制作。
- 由知道该事件的人或者根据他所传递的信息制作。
- 在定期进行的业务活动的过程中持续记录。
- 制作这份记录是该业务活动的常规做法。
- 除消息来源、准备方法或准备情况表明其缺乏真实性的情形以外，具有可采性。
- 可采性事实基础的所有要件都可以由保管人或其他合格证人、其他适当证明所证实。

事实基础的要件

如果你要的只是一份检查清单，那么这就是它了。但是如果什么时候你认为自己可能需要修剪一下这条规则参差不齐的边缘，那么就接着往下看，每一个要件都值得探讨：

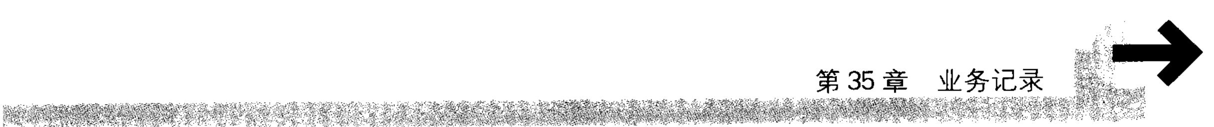
1. 《联邦证据规则》中规定的传闻证据规则的业务记录例外比此前几个州规定的规则更加宽泛。虽然所有的司法辖区以前都采纳业务记录中实际观察的内容，仍然有许多州排除了其中解释性的内容，比如意见和诊断，可是还有一些州依据意见和诊断是不是“患者或对治疗行为中容易观察到的状况”来决定是否将它采纳为证据。（New York Life Insurance Co. v. Taylor，147 F. 2d 297，306（D. C. -Cir. 1945）.）这常常会引起一场争论——医疗记录里面有多少内容具有可采性，是否必须传唤另外一个证人出庭作证，说明记录中不具有可采性的意见和诊断。

2. 必须在事件发生时或随后不久进行记录。及时性很重要。过时的记录和及时制作的记录比起来，就没有那么可信了。但是有两个因素使得时间要求没有看上去那么严格。一个因素是“发生时或随后不久”的要求考虑到了实际情况，记录与事件的发生在时间上不一定完全一致。（See *Weinstein's Evidence* 803（6）（05）at 803—163.）

另一个因素是显然不需要在事件发生时或随后不久就完成所有的记录。记录——尤其是汇编资料——要经历几个阶段才能完成。几天或者几个星期后才录入到中央计算机的手写日报表，仍然是在事件发生时或随后制作的。不必刻意地为某一事件做记录。记录——特殊的证明资料——在它完成最后形态之前要经历各个阶段。每日书写的报告过了几天甚至几周还没存入电脑的也可以算是当时或在其临近时间完成的记录。

3. 在业务链中必须有人对所记录的内容掌握一手信息。但是在接受我的观点之前，你要看看法律对一手信息的规定。记录必须是“由知道该事件的人或者根据他所传递的信息……制作，如果是在定期进行的业务活动的过程中持续记录的……”

很显然，这条规则要求有人对记录的内容具备一手信息。但问题是，这个人必须是业务链中的人吗？他可不可以是旁观者？



这个问题很重要。在著名的“约翰逊诉卢兹案”（*Johnson v. Lutz* 253 N. Y. 124，170 N. E. 517（1930））中，法院要判断一起事故的报案记录具有可采性。这份报案记录是由一个警察在警务活动的过程中制作的，但是它里面有几句目击事故的旁观群众对警察说的话。因为旁观群众没有“职责”准确地进行报告，所以法院裁定报案记录不具有可采性。与其他的业务记录比起来，这份报案记录不具有同样的可信性保障条件。

那么《联邦证据规则》第 803（6）条有没有遵循“约翰逊诉卢兹案”（*Johnson v. Lutz*）中所确立的原则呢？掌握一手信息的人必须是业务链中的人吗？

你可以回过头去重新看看法律的规定，我当然不会责怪你。这样，你可能会觉得《联邦证据规则》取消了这项要求。

但是如果你看看咨询委员会对第 803（6）条的注解，或者参考一下权威证据法著作，比如 J. 温斯顿和 M. 伯格（M. Berger）的《韦恩斯坦论证据》（*Weinstein's Evidence*）、D. 路易塞尔（D. Louisell）和 C. 米勒（C. Mueller）的《联邦证据》（*Federal Evidence*），你会看到他们认为掌握一手信息的人必须是业务链中的人。

他们怎么会得出这样的结论呢？

答案是美国国会玩了文字游戏，对最初的规则进行了重大修改。最初起草的第 803（6）条是记录必须“由掌握信息的人或者根据他传递的信息，在事件发生时或随后不久制作，上述各项都处于定期进行的活动的过程之中”。“上述各项都处于定期进行的活动的过程之中”这句话据说是要求掌握信息的人也必须处于业务链中——尽管十之八九你能够证明任何一种理解都是对的。

但是美国国会不满意“定期进行的活动”这一说法，把“业务”一词加入到该规则中。麻烦的是，它做的还不止这些，它把整个短语重新组织了一下，所以现在就成了“如果是在定期进行的业务活动的过程中持续记录的”，不再是“上述各项都处于定期进行的活动的过程之中”，他们不仅加入了“业务”一词，而且还把“上述各项都处于”改成了“如果是在……持续记录的”。

这难道没有改变整个规定吗？

J. 温斯顿和 M. 伯格在《韦恩斯坦论证据》（*Weinstein's Evidence* 803（6）（04）at 803—156—157）中说没有改变。D. 路易塞尔和 C. 米勒在《联邦证据》（*Federal Evidence* §4666 at 657）中说国会的修改只是“模糊”了此项要求，“没有理由认为美国国会打算设立一项例外情形，接受由该业务的局外人制作的记录”。

在判断他们的结论是否正确之前，请再看一看规则的内容。在所有这些条件的后面，它还补充了一点，业务记录具有可采性，“但消息来源、准备方法或准备情况表明其缺乏真实性的，不在此范围之内”。

这句话至少说明了三点：第一，业务链内部的信息来源也许是不可靠的，即使存在准确报告信息的职责。第二，业务链外部的信息来源也许是可靠的，即使不存在准确报告信息的职责。第三，看上去似乎应当有人对信息来源的可信度进行评估，以判断该记录是否可采。《联邦证据规则》第 104 条规定这是法官的任务。

所以我们可以适当的推论，初审法官享有评估信息来源的裁量权，而不是简单适用信息是来自业务链内部还是外部的机械规则。虽然法官会带着怀疑的眼光看待外部信息，但是当然也有些时候这些信息足以满足可采性的要求。如果法官不同意这一点的话，你肯定还可以证明，它虽然没有达到业务记录的要求，但是它符合《联邦证据规则》第 807 条兜底条款中规定的例外情形。

4. 业务记录必须是在定期进行的业务活动的过程中持续记录的。根据咨询委员会的

注解，原来的法律过于强调惯例性和重复性。所以这部分内容表明，可靠性来自于定期进行活动对准确性的要求，而不是由于惯例性的好处。

美国国会接受了这个观点：定期进行的活动提出了对准确性的要求，不过它还认为，只有定期进行的业务活动才能保证其可靠性——这就是规则中使用了“业务活动”一词的原因。但是美国国会在修改的时候漏掉了标题，所以标题还是原封未动。因此，业务记录规则的标题中没有出现“业务”一词，而是使用了“定期进行活动的记录”这个标题。

接下来，美国国会似乎为自己在这条规则中添加了“业务”一词而感到内疚，所以它在最后又新增加了对“业务”一词的宽泛定义：“本项所称‘业务’包括企业、机构、协会、专门职业、普通职业和所有类型的职业，无论是否为了赢利而经营”。

5. 制作记录必须是该业务活动的常规做法。最初规则中也没有这个要求，众议院司法委员会加进去了这个要求，后来参议院司法委员会删除了它，可是最后在司法会议中又恢复了这个要求。

他们为什么要加上这一项?

尽管起草者们觉得原来的法律过于强调惯例性（而对定期进行活动的需要这一点关注不够），但是美国国会却认为新的规则对惯例性重视不够，因此国会插入了一项要求，制作记录应当是常规的做法。

但是请注意规则所使用的是“常规做法”而不是“惯例做法。”虽然二者之间没有太大的区别，但是有种说法认为“常规做法”意味着“有需要时”，并不是每天或每周必须做记录，这种说法还是有些道理的。

当然，认为惯例性在一定程度上能够带来可靠性，这也有点道理。你经常做的事情，就更容易做对。但也不一定。在确保业务记录的可靠性方面，关联性当然也和惯例性一样重要。在业务中遇到重要的事情时，就很可能会仔细对待。所以可以推论，如果制作记录是常规事项，那么即使没有频繁制作，它也应当具有可采性。

6. 具备正确的可采性事实基础的业务记录就具有可采性，“但消息来源、准备方法或准备情况表明其缺乏真实性的，不在此范围之内”。

我们已经讨论了信息来源的可靠性。那么表明其缺乏真实性的“准备方法或准备情况”是什么呢?

其判例是“帕尔默诉霍夫曼案”（*Palmer v. Hoffman*, 318 U. S. 109 (1943)）。该案中联邦最高法院裁决认为，发生事故的火车司机制作的事故报告不符合业务记录的要求。看待“帕尔默诉霍夫曼案”中确立的原则，最好的方法也许是判决书中隐含的观点：以具体诉讼为目的制作的业务记录缺乏可靠性。(See D. Louisell and C. Mueller, *Federal Evidence*, 447 at p. 681.)

即使“帕尔默诉霍夫曼案”得到普遍遵从，以诉讼为目的而作出的陈述，只要有足够迹象表明其可靠性，仍然经常被采纳为证据。“耶茨诉拜尔交通公司案”（*Yates v. Bair Transport, Inc.*, 249 F. Supp. 681 (S. D. N. Y. 1965)）就是很好的例子。耶茨案的法院认为，被告的医生对原告进行体检后制作的体检报告，由原告提交为证据时，具有可采性。即使制作这份报告时制作者显然知道诉讼的存在，由对方当事人提交该证据时，任何当事人动机都是有利于可采性的。不过，为原告制作的体检报告由原告方提交为证据时，则应被排除。

7. 可采性事实基础的所有要件可以通过保管人、其他合格证人或其他适当证明书来证实。

确立传闻证据规则的业务记录例外，最初的一个原因是，即使制作人不能出庭作证，

即使制作人对记录中的内容不具备一手信息，还是有必要让这些记录成为证据。换句话来说，整个事实基础可以通过不知道内容的人，甚至是制作记录时不在此工作的人来确立。

即便如此，证人也必须知道应该知道的事情，才能确立正确的事实基础，有时候你会发现，没有一个证人能够做到这点。不过，你往往也可以避开这个问题。法律没有要求由保管人制定规则、执行规则、知道大家遵循规则。他只需要知道到他出庭作证时为止，制作和保存记录的业务规则是什么、惯例做法是什么。

但是如果你在开庭前没有确保他掌握了恰当的信息，那么你可能会措手不及。为了避免这种尴尬情形，有很多业务记录就是通过合意（stipulation）、审前指令（pre-trial order）或者要求采纳（demand to admit）等方式来取得可采性的。

确立要件

有时候你还是必须在庭审过程中确立可采性的事实基础。所以我们再来看看制定法中规定的这些要件——这一次增加了如何在庭审中确立这些要件的方法：

一份关于行为、事件、状况、意见或诊断的记录，不论其形式如何。

证明某个实物证据是一份记录并不难，但是你必须认真地证实它就是你要的记录——它是真实的。通常来说，普通法不会认为有什么事情是理所当然的，因此你必须证实这件事物就是它指称的事物。这件事情你可以交给保管人去做，即使其他事情他一概不知，但是他应该能够说明他是管理这些记录的，而这份记录就是从他的档案里拿出来的。

即使普通法律不会想当然，但是有些制定法会，这样就不一定非得传唤证人才能证明业务记录是真实的。多数司法辖区允许通过宣誓证明书（affidavit）来证实一部分公共档案（public records）的真实性。（比如参见《联邦证据规则》第902（4）条。）做这件事时要采用简便的方法：先查阅当地的规则，再决定要不要为了让公共档案管理员出庭作证5分钟而给他发传票。

在事件发生时或随后不久制作。

你可以依据《联邦证据规则》第406条的规定，通过说明业务的惯常做法来证明该记录是在事件发生时或随后不久制作出来的。如果按惯例是在事件发生时或随后不久制作的记录，那就足以证明了，即使证人不知道本案所涉及的具体业务操作是否遵循了惯例，也没有关系。

通常记录中会载明制作记录的时间，法官能否根据它来判断整个记录的可采性呢？

当然可以，《联邦证据规则》第104条是非常有用的规定之一，它规定由法庭来决定证据的可采性，法庭在“作出决定时，不受证据规则的约束，但是关于作证特免权的规则不受此限”。

由业务链中知道该事件的人或者根据他所传递的信息制作。

在某些业务中，保管人可能不清楚业务中所使用的完整的沟通链。如果这一点受到对方实际质疑的话，通过其他证人来证明这一点有时候也许更合适。一方面，这点对于他们来说可能有利，如果这实际上被争辩过了。另一方面，也没有理由认为一手信息的要求不能通过熟悉业务惯例的证人作证说明业务惯例来实现。

在定期进行的业务活动的过程中持续记录。

这部分是写给保管人的。

制作记录是该业务活动的常规做法。

通常由保管人来证明，制作此类记录是该业务活动的常规做法。而且，记录的内容也可以说明这一点。但是有时候需要处于较高层的管理人员来充当证人，尤其是该记录不是那种日常事务记录的时候，那么此时也许就需要证明其重要性，以帮助确立惯例做法中所需要的那些要素。

示　例

你现在可以松一口气了。我们已经把这条规则先后审视了三遍：规则的内容是什么，它们是什么意思，你应该怎样证明它们。现在我们已经做好准备，可以处理本章开头的那个案子了。别忘了这时被告律师正在试图将一份医疗检查报告提交为证据，它可以证明原告在急救室向医生作出的自认。原告当时告诉医生，他没有按照交通信号灯的指示横过马路，结果让被告的车子撞倒了。

记录中的这一部分内容具有可采性吗？你的第一反应可能是它不符合条件，因为原告没有职责向医生报告此事。

换句话说，"约翰逊诉卢兹案"（*Johnson v. Lutz*）仍然有效，是吗？

在下面这个案例中也许并非如此。"凯利诉沃塞曼案"（*Kelly v. Wasserman*，5 N. Y. 2d 425，258 N. E. 2d 241（1959））中的业务记录是一份福利工作报告。其中包含了被告人作出的自认，他同意原告在那套原告卖给被告的房子里居住，不收取房租。法院认为这个记录是可采的。

为什么？被告没有"职责"向福利工作人员汇报的时候，他所说的话就是自认。它符合传闻证据规则例外的要求。记载了这句话的那份记录也符合传闻证据规则例外的要求。因此，它是"传闻中的传闻"。根据《联邦证据规则》第805条的规定："如果陈述中的各个组成部分都符合本法所规定的传闻规则的例外，那么传闻中的传闻就不依照传闻证据规则进行排除。"

这样可以解决这个问题吗？也许不行。在"威廉姆斯诉亚历山大案"中原告提交了医疗报告的一部分来证明自己所受到的伤害，他小心翼翼地把报告中包含的他对医生作出的自认去掉了，那是他向医生描述的事故发生时的状况。（*Williams v. Alexander*，309 N. Y. 283，129 N. E. 2d 417（1955）.）后来被告就把包含原告自认的那部分记录提交为证据。

纽约上诉法院撤销了判决，它指出医院的业务是获取有助于医治原告的信息，而不是决定事故中哪一方存在过错。那么医院在记下原告自认的话时，就不是在制作业务记录。这就解释了怎样区别于"凯利诉沃塞曼案"。福利部的工作与原告的房产有关，所以把被告的陈述记录下来是其业务范围内的事情。

本章开头的案子中，所有的一切就在于是什么让法官感兴趣。在法官看来，虽然"威廉姆斯诉亚历山大案"在理论上说得过去，但是就此认为医生在急救室里记下病人对事故情况的描述后他的记录忽然就变得不可信了，这样的理解有点儿太机械了。如果业务记录例外的终极目标是可信的话，这里是不是就没有满足这个目标呢？



但是，法官想知道他可以在多大程度上使用这个概念，尤其是因为判例法中否定了可采性。而且他也认为，除了作为业务记录提交以外，被告律师还有许多别的方式可以使用这一陈述。

可以依据诚实信用的原则，就该陈述对原告进行交叉询问。如果医生走上证人席，被告可以使用该陈述唤起他的记忆；如果这样不行的话，还可以把它当做过去记录的回忆来提交；如果医生否认原告说过这句话，还可以把它用作此前矛盾的陈述来弹劾医生。

法官在自己的冥想中出了神，他在畅想着被告可以进行的各种尝试，差一点没有听到原告律师提出的休庭请求，原告和被告律师希望去法官的办公室和法官谈点重要的事情。

也许案子终于要解决了。

第 36 章 主观心理状态

这个年轻的律师陷入了困境，他意识到了这一点。他必须让一些关键的证据被法庭采纳，但是那个法官看起来不大懂证据法。

这是一起合同纠纷案，这一类案件的委托费用似乎每天都在往上涨。这个年轻的律师接受了一家新开的速食食品公司——“比萨屋国际”（Pizza Pubs International）的委托，该公司向一群本地商人开的丹特联合公司发出要约，提供独家特许经营权。最初的要约给了他们 15 天时间决定是否作出承诺。但是，仅仅 5 天之后，比萨屋的总经理克里斯托弗·斯温森打电话给丹特公司的谢尔登·丹特，告诉他他们只有 24 小时的时间来决定了。但是丹特公司当时没有采取任何行动，于是，比萨屋就向其他人发出了独家专营权的要约。

麻烦从此开始。因为 5 天后两个受要约人都作出了承诺，于是看起来比萨屋的处境就有些尴尬了，它不得不将这个独家专营权同时卖给两个不同的买家。这时，比萨屋求助于这个年轻的律师。

当地合同法的规定相当简单。要约人可以在要约被接受之前变更或者撤回要约。而且，这种要约的变更可以是口头的，哪怕要约本身是书面形式。

问题不在于合同法，而在于要证明比萨屋的克里斯托弗·斯温森确实通知了丹特公司他要修改要约。斯温森是在周四下午给丹特打的电话，当时他的秘书已经回家了。他本打算接着写一封信来确认这次通话的内容，但是他没有写。不幸的是，此后不久他就在一场车祸中丧生了，所以，他没有留下任何关于这次通话的书面记录。

斯温森对丹特限定承诺时间的唯一证据就是他曾经向两个人提起过这件事：一次是他周四上午向一个雇员提起过，他“给丹特打个电话，给他 24 小时来决定是否接受要约”；另一次是他第二天上午在高尔夫课上对一个朋友说，他“通知了丹特他们必须在当天之前作出是否购买独家经营权的决定”。

谢尔登·丹特承认斯温森给他打过电话，但是丹特声称那次通话只是为了鼓励他接受要约。他否认斯温森说过缩短要约有效期的任何话。所以，当这家速食食品公司把经营权卖给另一个买家时，丹特公司将比萨屋诉上了法庭。

年轻的律师自信能够把斯温森的两次谈话提交为证据，所以在开庭之前，他一直把精力都放在案子的其他问题上。此时他才发现，不是所有的法官在证据法方面都训练有素。年轻的律师正在直接询问比萨屋的雇员，斯温森在周四下午打电话给丹特之前跟他有过交谈。

问：斯温森先生有没有向你提到过他要联系谢尔登·丹特？

答：是的，他提到过。

问：他说了什么？



原告律师：反对！

法官：反对有效。

被告律师：法官大人，能允许我把话说完吗？

法官：我不知道这个问题还有什么可讨论的，律师。这显然是个传闻证据，我已经支持了原告的异议。

被告律师：法官大人，我们可以走近法官席吗？

法官：可以，不过要快点。

被告律师：法官大人，它不是传闻证据，如果它是传闻的话，它满足传闻证据规则的例外情形。

原告律师：它是自利的（self-serving）证据，法官大人。

（年轻的律师本来想要告诉法官和辩护律师"自利"不是法定的异议理由，但他还是决定保持沉默。这反而是件好事，因为正在这时法官问了他一个问题。）

法官：你为什么说它不是传闻证据，律师？

被告律师：因为，法官大人，关于合同成立或者，像本案一样，关于合同变更的陈述，并不是用来证明其真实性的，而只是证明说过这样的话。

法官：但是你提交的证据不是斯温森先生对丹特先生说的话，律师。你提交的是他对别人说了什么。那是传闻证据。

被告律师：如果法庭如此裁定，那么我们就根据传闻证据规则的主观心理状态例外来提交这份证词。

原告律师：我们反对，这是传闻证据，而且它是自利的，法官大人。

法官：这个问题应该到此为止。被告律师，斯温森先生的主观心理状态不是本案的争点。它既不是原告方也不是你们被告方论证中的要件。反对有效。

年轻的律师没有再说什么。将近下午5点的时候，他结束了对证人的询问，法官宣布审判将于第二天早上9点继续进行。当晚，年轻的律师没有直接回家，随便吃了半个三明治后，就匆匆赶到了事务所的法律图书馆。在那里，他花了一些时间研究传闻证据规则中的主观心理状态例外。他找到的内容如下：

主观心理状态不是证据学专家们创造出来给律师们制造混乱的。这个问题来自于实体法。意图是法律中比较人性化的方面（the humanizing aspects）之一，人们本能地认为它很重要。古语有言："狗都知道区别是绊倒的还是故意被踢倒的。"正因为我们认为意图很重要，所以我们让它成为所有民事案件和刑事案件的诉因（causes of action）中的要素。

我们注重意图和其他主观心理状态，虽然（谢天谢地）我们无法直接看到人们的想法。所以，我们使用这样那样的间接证据去证明人的意图。

规则一

以下这句话足以对规则一进行介绍：

只要主观心理状态是主诉或者答辩/辩护中的一个要件，那么证明主观心理状态的间接证据就具有可采性。

什么样的间接证据？几乎所有合乎情理的间接证据都可以。人们做什么事、如何去做，就是一面镜子，能够反映出他们想什么、感觉如何——当然不够精确、会出现失真。

尽管某人的主观心理状态存在争议，但是关于此人行为的证词毫无疑问具有可采性。但是，如果证人开始对该行为进行解释，发表对此人心理状态的意见，那么法庭极有可能会认可对方的异议。初审法官似乎认为，证人不应该猜测他人内心的想法。但要注意的

是，根据《联邦证据规则》第701条规定，如果关于他人心理状态的意见证据理性地建立在证人感知的基础之上，并有利于发现事实，那么这些证据可以具有可采性。

有一条经验法则可以帮助你判断什么是对他人心理状况的合理意见：观察到的情况越概括，就越可能具有可采性。某个人开心、悲伤、严肃、幽默、清醒、醉酒、神志正常或者精神失常之类的意见，通常会具有可采性。而某个人想要杀人、打算去旅行、考虑找个新工作、决定结婚等，这一类的意见则往往不具有可采性。判断它们的标准就是，它们是不是合理地建立在证人观察的基础之上，是不是有利于发现事实。

规则二

行为（以及对该行为的看法）并不是证明主观心理状态的唯一途径。人们会说出他们的想法。人们会告诉其他人他们的意图和心情。有时候，人们所说的话能够很好地反映他们的想法，但也有时候也会严重误导。由于人们对自己主观心理状态的陈述特别有价值——而且由于陪审团很容易领会到轻信这些陈述的风险——我们创造了传闻证据规则的一项例外：

只要某人的主观心理状态存在争议，就可以用他说过的话来证明他当时的主观心理状态。

用《联邦证据规则》中的语言来说，有一项传闻证据规则的例外是"关于陈述人当时主观心理状态、情绪、感觉或者身体状况（如意图、计划、动机、策划、心理感受、疼痛和身体健康状况）……的陈述"。（《联邦证据规则》第803（3）条）

但是，主观心理状态必须具有关联性。如果没有的话，你就可能遇到大麻烦。以塔拉案（*People v. Talle*，111 Cal. App. 2d 650，245 P. 233（1952））为例，被杀害的被害人事先写了一份陈述，如果她遭遇到任何不测，这份陈述就会被拿给地方检察官。该陈述具体解释了她为何担心被告人会杀害她。公诉人把这份陈述提交为证据以证明被害人的主观心理状态，但是上诉法院撤销了原判决，理由是她的主观心理状态不是该案的争点。

当然，如果主观心理状态没有关联性，就不具有可采性。看上去很简单。但是再向前推进一步，主观心理状态必须成为案件争点才会具有关联性吗？

不是。

如果你回头去再看看那句话，也无可指责。你甚至也许想过：如果不是案件争点的事物，怎么可能具有关联性呢？但是这种情况可能发生。如果这让你难以理解，那是因为抽象的概念总是使事情复杂化，而示例则使事情简单化，这也是我们要再举一个例子的原因。

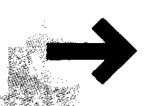
某个事物是案件中的争点——即它是诉因或者答辩/辩护的一个要件时——它必然具有关联性。预谋（malice aforethought）是普通法中谋杀概念的一个要件。如果谋杀案的被告人说过他恨透了被害人，打算杀死他，那么，这一陈述将会被采纳以证明其犯罪故意（criminal intent）——他的主观心理状态。这是该案件中必不可少的。

规则三

但是，不是案件要件的主观心理状态仍然可能具有关联性。

怎么可能呢？

它可以是案件争点的间接证据。



这正是比萨屋案中的法官没有理解到的地方，这也是给传闻证据规则的主观心理状态例外带来这么多麻烦的地方——主观心理状态可能被采纳来证明主观心理状态之外的其他事情。

“比如?”你会问。

比如陈述人的行为。

这个问题的案例就是“纽约人寿诉希尔曼案”(*Mutual Life Ins. Co. of New York v. Hillmon*, 145 U. S. 285 (1892))。这是一起保险纠纷案。希尔曼的妻子起诉了保险公司，声称其丈夫在堪萨斯州的克鲁克特城宿营时死于意外枪袭。保险公司承认确实有人死亡，但是死亡的人并不是希尔曼，而是一个名叫沃尔特斯的人。

为了证明沃尔特斯一家当时去了堪萨斯州的克鲁克特城，保险公司提交了沃尔特斯写的一张便条，上面写着他要到那儿去。联邦最高法院认为，这张便条可以被采纳来证明写便条的人后来去了克鲁克特城。

既然你已经看完了这个案例，你可以把希尔曼案概括成一条简单的规则：

主观心理状态在证明某人做了他说过要做的事情时，具有可采性。

你从那个角度来看待这个问题时，很好理解。如果关于某人主观心理状态的陈述具有关联性，那么传闻证据规则就规定这样的陈述具有可采性。然后关联性规则又规定，你可以使用意图来证明此后做出的行为。

现在，把这种理解运用到比萨屋案的审判过程中。该案中有两个传闻证据的问题，那个年轻的律师说的是其中一个，而法官说的是另一个。第一个问题是，克里斯托弗·斯温森对丹特说的话是不是传闻证据。律师是对的：它不是传闻证据。作出要约和承诺时说的话、变更合同以及做出类似的事情时说的话，都具有可采性，因为它们被说出来了。它们是用言语表现出来的行为，不是传闻证据。

第二个问题与斯温森对其雇员说的话有关。他说他打算只给丹特24小时的承诺时间。这句话是传闻证据，因为这一陈述的内容是斯温森准备实施的行为。根据希尔曼案的判决，这句话具有可采性，而法官在这一点上出了错。

规则四

年轻的律师发现这一点的时候，他高兴起来了。他吃完了剩下的半个三明治，决定了第二天上午要证明的第一件事。但是他并没有马上回家，而是接着往下读。

他看到了一个谋杀案“谢帕德案”(*Shepard v. United States*, 290 U. S. 96 (1933))。谢帕德医生被指控用氯化汞毒死了自己的妻子。谢帕德太太临死之前虚弱地躺在床上，她让护士拿来一瓶她倒下之前喝过的威士忌，她问护士，瓶子里是否还剩下足够的威士忌可以检测是否有毒。然后她说道：“谢帕德医生对我下了毒。”

她说这句话的时候，并没有想到自己要死了，她仍然没有放弃康复的希望。所以她的陈述不能作为临终陈述。

但是公诉人足智多谋。他依据希尔曼案的判例原则提交了她的陈述——用以证明行为的主观心理状态。初审法官采纳了这项证据。谢帕德医生被判定有罪，但是联邦最高法院推翻了这项判决。卡多佐大法官写出了最高法院的法律意见，从此以后就改变了传闻证据规则。

卡多佐注重事件的连续性。他承认主观心理状态可以被采纳来证明某人后来做了他说过要做的事。这一类陈述在时间上是对未来的预测。但是，往后回顾的陈述——经人转述

的回忆——却让卡多佐感到担忧。如果这类陈述具有可采性的话，他分析道："这将会终结，或者几乎要终结，禁止使用传闻证据的规则……"（*Shepard v. United States*，290 U. S. 96（1933）at 106.）

回顾性的陈述怎么会摧毁禁止使用传闻证据的规则呢？

如果某人只需要说他记得一件事，而且这一回忆符合传闻证据规则例外情形的要求，那么传闻证据规则就真的会不复存在了。不再需要事实证人（fact witness）了——只需要有人听别人说他们记得发生了什么事就够了。

但是，如果你认为把这种分析适用在谢帕德案上会有些不妥，那就对了。卡多佐几乎完全忽视了"我要去堪萨斯州的克鲁克特城"和"谢帕德医生对我下了毒"这两句话之间的巨大差异。"我要去堪萨斯州的克鲁克特城"这句预言所证明的是陈述人的行为，然而"谢帕德医生对我下了毒"这句回忆所证明的是别人的行为。

这个区别很重要。就像预言你要去干什么和回忆你已经干了什么一样，二者之间没有冲突。在同等条件下，回忆是对行为更好的证明。

但是，对别人已经实施的行为的推断——尤其在它成为刑事案件的中心问题时——就是另外一码事了。

虽然这不是卡多佐的得意之作，但是他的突出贡献保留了下来，从此这个原则就成了法律。那么现在我们就可以看看另一条规则了：

主观心理状态证据用来证明陈述人此后的行为时，在时间上可以向前展望，但是在证明任何人的行为时，在时间上不得向后回顾。

因为它是一条证据规则，所以它也有例外。在遗嘱争议案件中，主观心理状态在证明立遗嘱人的行为时可以在时间上向后回顾。

《联邦证据规则》第 803（4）条（原文有误，应为第 803（3）条——译者注）对整个内容是这样规定的："关于陈述人当时主观心理状态、情绪、感觉或者身体状况（如意图、计划、动机、策划、心理感受、疼痛和身体健康状况）的陈述，除了与陈述人的遗嘱的执行、撤销、辨认或用语有关之外，并不包括用来证明记忆或相信为真实的事实的记忆或主观认定的陈述"。

但是，卡多佐差一点忽略了哪个问题呢？主观心理状态能不能用来证明陈述人以外的其他人的行为吗？

不能，因为它没有关联性。但是这导致了一个有趣的问题。那是"菲斯特案"（*United Stated v. Pheaster*，544 F. 2d 353（9th Cir. 1976））。一个千万富翁 16 岁的儿子拉里·阿德尔被绑架了，安吉洛·英斯索是受到指控的被告人之一。拉里·阿德尔失踪之前，他和几个朋友待在一个餐馆里。他让朋友们等着他，他要去停车场从安吉洛那里去拿 1 磅免费的大麻烟。

现在你知道问题是什么了。拉里·阿德尔的话是典型的希尔曼案传闻证据——证明阿德尔做过的行为时可采，证明安吉洛做过什么的时候不可采。你明白了吗？拉里·阿德尔的陈述，说他要去见安吉洛，该陈述用来证明他走了出去准备见安吉洛的时候具有可采性，但是用来证明安吉洛去见了他的时候，不具有可采性——这样的指示很有可能让陪审员感到迷茫。

你会怎么处理这样的证据呢？

如果你是公诉人，你会提交这份证据进行有限证明，证明拉里·阿德尔的行为，但不能证明安吉洛的行为。

如果你是被告律师，你可以主张这份证据不具有可采性的一面太有影响力了，陪审团

不可能从有害的内容中把有益的内容过滤出来，所以，根据第 403 条的规定，偏见超出了证明价值，这类证据应该被排除。

如果你是初审法官，你会采纳这项证据。

如果你是第九巡回法院，你会维持初审作出的有罪判决。

年轻的律师把这些内容仔细琢磨了一遍。根据希尔曼案的判决，斯温森给丹特打电话前作出的陈述具有可采性，但是他第二天上午在高尔夫球课程上对朋友说的话则不具有可采性。

他觉得这样说不通啊。如果斯温森在高尔夫球课程上说的话是关于别人的行为，那么它不应当具有可采性。但是高尔夫球课程上说的话与斯温森对其雇员说的话相比，会给陪审团留下更深刻的印象。不受卡多佐的分析所牵绊的话，陪审员会认为，与斯温森打算要打电话的陈述相比起来，他对自己与丹特谈话内容的证词更具证明力，因为计划落空的原因实在是太多了。

那么他应该怎么做呢?

他是否应该不管三七二十一先把斯温森的朋友传唤到证人席上，再根据第 803（4）条中传闻证据规则例外情形的兜底条款努力让法庭采纳该陈述呢？如果他成功地让法庭采纳了这项证据，他会不会有犯“可撤销判决的错误”的风险呢？他有没有什么办法可以传唤这个朋友来反驳控方呢？他是否应该等到判决之前就电话通话内容交叉询问丹特吗?

突然间，年轻的律师意识到整个案件的形势、他传唤的证人、他的论证会给陪审团带来的影响，所有这些都受到一条不起眼的证据规则的巨大影响。

然后年轻的律师准备回家了。

回到法庭

第二天一早，年轻的律师在陪审团入席之前就开始提交证据。

被告律师：法官大人，现在，我正式提交有关克里斯托弗·斯温森先生陈述的证据。如果法庭允许证人出庭作证的话，简·波特菲尔德先生将会作证说，7 月 9 日星期四，斯温森先生说他打算电话联系谢尔登·丹特先生，告诉他只有 24 小时的时间来决定是否接受比萨屋独家经营权的要约。而且，法官，我已经准备好要证明这项证据的可采性了。

法官：不必了，律师。昨晚我看了一些相关资料（“你也看了。”律师心想），我打算允许你今天上午把波特菲尔德传唤到法庭上，让他作证说明那场谈话的内容。

原告律师：反对，法官。这项陈述是自利的。

（“他又开始拿自利来说事了。”年轻的律师暗自想道。他本想反驳，但又一次保持沉默了。）

法官：反对无效。（法官暗暗笑了笑，他想告诉原告律师，斯温森先生的陈述并不是自利的证据，因为他说这句话时并不是明显为了自己的利益。就算他是，自利也不是一条证据规则。但他还是决定什么也不说。他可不想一大早就让人觉得他脾气不好。）

这时，年轻的律师最终确定了如何提交高尔夫球课程上斯温森的陈述。他要等波特菲尔德的作证一结束就把那个证人传唤到证人席上。丹特的律师会提出异议说这项证据是自利的，而法官将会驳回他的异议。

第 37 章 运用庭前附誓陈述的九种方式

冈恩法官正在故意地羞辱里吉斯·麦科密克，“律师，”他说道，“相对来说，你还是律师行业的新成员，所以，我将会体谅你这一点。但是我必须得说，你在提请证人出庭时的不当行为，恰好说明了为什么律师们应该参与庭审技巧课程，也说明了为什么他们必须得首先在一些案子中做助手，以免在公开庭审中会慌乱无措。”

里吉斯保持沉默，毕恭毕敬。等到冈恩法官终于不再斥责他时，里吉斯才开口说话：“我知道法官大人有些不满意，因为我做了什么，或者什么事情没做到，但是坦白地说，我不知道到底是什么事。”

冈恩法官叹了一口气，“律师，”他说，“在我的法庭上，只有一种使用庭前附誓陈述的方式——即正确的方式。你不能直接就庭前附誓陈述向证人提问。

“第一，你必须确保证人对证词作出坚定的保证，无论你是要弹劾他还是反驳他。”

“第二，你必须询问证人，是否记得在记录证词的那天有人记下了他的庭前附誓陈述。

“第三，你必须告诉法庭和对方律师庭前附誓陈述所在的相应页码和行数。

“第四，你必须向证人宣读庭前附誓陈述中记载的你的提问和证人的回答。

“最后，你必须询问证人，那是不是当时你提的问题和他给的答案。”

后来在公文包咖啡馆，冈恩法官抱怨年轻律师缺乏经验，安格斯开始反驳了。

“对不起，法官，在这个问题上我不得不站在里吉斯这边。问题是，你认为过去的传统就是今天的法律——那可不一定。”

“曾经有一段时间，每一个用庭前附誓陈述弹劾证人的律师，都要走完你那样的烦杂程序。但是，《联邦证据规则》完全没有这样要求。第 613（a）条规定：‘对证人此前作出的陈述进行询问时，无论是书面的还是口头的，都不必向证人出示这些证词，也不必向证人告知其内容，但是经对方律师要求，可以向对方律师出示或披露其内容。’”

“但是这个可不是此前矛盾的陈述，”冈恩法官说，“它是庭前附誓陈述。”

“得了，法官，这个不是重点。它只不过是碰巧在庭前附誓陈述中出现的此前矛盾陈述。而且并不能因为这句话出现在庭前附誓陈述里面，它适用的证据规则就不一样了。”

冈恩法官耸耸肩：“我从来没有这么想过，安格斯。要知道，也许你是对的。”

安格斯笑道：“还有，你刚才说运用庭前附誓陈述只有一种方式。恕我不敢苟同。在庭审中使用庭前附誓陈述的方法至少有五六种。”

后来，我和华盛顿特区的大卫·马隆谈起了此事。马隆是庭前附誓陈述课题的发起人之一，这个课题由全美出庭辩护研究会资助，马隆做过一次报告，内容是如何使用庭前附誓陈述。我们起先都同意安格斯的说法，认为在庭审中使用庭前宣誓作证的方法至少有六种，但是，到我们讨论结束时，我们已经总结出了九种方法。以下就是这九种方法。

1. **当庭证词**

这是最初制作庭前附誓陈述的目的。如果一个证人患了严重疾病或者在审判期间要离开司法辖区，你就可以用庭前附誓陈述的方式保存他的证言。加拿大现在仍然采取这种做法，除非有正当理由，否则不会给普通的证人制作庭前附誓陈述。

如今，尽管我们经常提到“供作证的庭前附誓陈述”（evidence deposition）和“供开示的庭前附誓陈述”（discovery deposition）之间的区别，但是二者在法律上却没有区别。法律并不关心我们记录庭前附誓陈述的目的。它可以用于证据开示，也可以取代证人出庭，或者兼具两个功能。

伊利诺伊州是一个显著的例外。根据伊利诺伊州的法律，你必须通知你的对手打算采用庭前附誓陈述代替当庭证词。除此以外，庭前附誓陈述仅仅可以被用于弹劾证人。

顺便说一说，伊利诺伊州的这种做法还是有很多值得讨论的地方。庭前附誓陈述不能作为当庭证词使用时，对它的异议就不是什么大问题。主要问题在于的它是否需要可以合理进行开示的东西。但是对于州诉讼和联邦诉讼中的标准庭前附誓陈述而言，你必须考虑的是庭前附誓陈述能否在庭审中使用，即使它看上去只是一份“供开示的庭前附誓陈述”。由于许多律师都不清楚，在庭前附誓陈述中哪些类型的异议如果不及时提出来就算是弃权了，所以他们干脆把能提出来的异议全都提出来。结果，庭前附誓陈述给我们现有的制度带来了更多不必要的争议。

即使你制作了一份“供作证的庭前附誓陈述”，你也不能在庭审中直接使用它。我们都更愿意亲耳听到证人作证。所以《联邦民事诉讼规则》第32（a）（3）条规定，必须证明证人因死亡、生病、监禁或者其他原因不能亲自出庭，才能使用庭前附誓陈述。而第32（a）（3）（E）条的规定就是“逸出阀”，如果存在“例外情形”不让证人亲自出庭更理想的话，根据这条规定就可以通过“申请和告知”使用庭前附誓陈述。有了这条规定，医生就可以去打高尔夫球，而不是去出庭作证——这也许节省了成本，但会降低审判的质量。

当庭出示庭前附誓陈述没有那么简单。法官很可能让你只是站在陪审团面前宣读这份材料，但是这种做法并不是理想的选择，你可以试试让人把附誓陈述中的问答分角色扮演出来。多数法官会同意让你念出那些问题，而让另一个人——这个人最好长着一张“诚实的脸”（affidavit face）——来念出那些回答。

念出那些回答的人不一定是你的同事。如果你乐意的话，你也可以雇一个专业演员，甚至可以让法庭记录员来做，庭前附誓陈述就是他做的记录。（这是一个非常不错的手法）。

你不必把庭前附誓陈述从头到尾全部念出来。选出你需要的部分就行，要记住，对方可以根据《联邦证据规则》第106条的规定把你没有使用的部分提交为证据——法庭可能要求你出示，也可能由对方提出，这实际上就相当于“交叉询问”了。

你认为当庭播放庭前附誓陈述的录像一定会比宣读证词或者角色扮演更好吗？

单镜头的录像会显得很沉闷——尤其是超过一个小时的单镜头录像。一直盯着屏幕看，屏幕上显示一个人的头像，该人在回答着屏幕以外的另一个声音提出的问题，没有什么比这个更无聊了。

因此，如果你打算使用庭前附誓陈述录像，就有几件重要的事情要做了：

1. 使用两台摄像机——分别拍摄律师和证人。不需要高超的专业技术、昂贵的设备、过多的人手。操作者只需要在两个镜头之间来回切换，谁说话就播放谁的镜头。这样就不用一直盯着一个说话的头像了。

2. 把庭前附誓陈述控制在一个小时以内——如果可以的话，半个小时更好。简短精练总是比又臭又长更好。

3. 每隔5～10分钟就使用一份不同的物证或示意证据。把图表、地图、照片、图解放大，固定在画架上，这样证人就可以用手指指出重要的细节，这一内容就会在屏幕上播放出来。然后，向陪审团播放庭前附誓陈述的录像时，你要在屏幕旁边支起画架，把这些实物证据放在上面。这样，陪审团又多了一个可以关注的内容，同时，也可以把庭前附誓陈述和正在进行的庭审实际联系起来。

最后，要记得请求法官向陪审团作出指示：庭前附誓陈述是一种正式的证词，是宣誓之后作出的，在庭审之前就已经记录好了，它们与证人亲自出庭作证的效力等同。

2. 自 认

自认是对方当事人说的话或者做的事，与他在案件中的立场不一致。所以，如果对方的庭前附誓陈述中存在不利于他的内容，那么它就是自认。准备好在庭审中使用它吧。

在进一步讨论之前，先来看看《联邦证据规则》第801（d）（2）条，哪些种类的陈述可以当做自认来使用：

1. 当事人本人或通过代理人作出的陈述。

2. 当事人表示接受或信其为真的陈述。

3. 经当事人授权的人作出的陈述。

4. 当事人的代理人或者雇佣人就其所代理或雇佣范围内的事项在代理关系或者雇佣关系存续期间作出的陈述。

5. 当事人的同谋人在谋划或者图谋实施的过程中作出的陈述。

庭前附誓陈述中的自认可以让你非常灵活的运用。首先，你不需要传唤证人向法官或陪审团宣读。你甚至不需要去证明它的真实性。理论上，法官可以根据司法认知来确定其真实性，因为庭前附誓陈述是案件中的一项正式文件。但是在审判实践中，你只需要告诉法官和对方律师你要引证的起始页码和行数即可。

另外，如果你更愿意用对方自己说过的话来刺激他的话，你也可以那么做。虽然没有法律规定使用庭前附誓陈述中的自认时必须将证人传唤到法庭上来，但是，同样也没有法律规定此时你不得传唤证人。你甚至可以把自认当做此前矛盾的陈述来使用——用来质疑当事人证人（the party as a witness）的可信度。

因为证人就是当事人——而不仅仅是证人——所以整个庭审过程中你都不必使用他的庭前附誓陈述与他对质。（《联邦证据规则》第613（b）条）

你不需要考虑选择合适的时机，任何时候都可以使用庭前附誓陈述——只要轮到你发言的时候就可以。你可以在主诉举证的任何时间宣读对方的自认（或者让别人宣读），也可以在对方举证的过程中，对其证人交叉询问相关问题时使用这一证据。你只需要记住《联邦证据规则》第611（a）条的规定："法庭应当合理控制询问证人和出示证据的方式和顺序……"

3. 使用此前矛盾的陈述弹劾证人

如果证人仅仅只是证人，不是当事人，那么规则就不同了。对普通法来说，规定非常简单。此前矛盾的陈述是传闻证据。它是庭外陈述，因此不能够用来证明其真实性——除非属于传闻证据规则公认的例外情形。

庭前附誓陈述不是传闻证据规则的例外。



因此，尽管这一陈述在诉讼程序的一个阶段中经宣誓后作出，而且可以进行交叉询问，但它仍然是“庭外陈述”，只能用来质疑证人的可靠性——不能证明其内容的真实性。

这真是有一点荒谬。假设证人在庭前附誓陈述中说当时是绿灯。如果他没有出庭，那么庭前附誓陈述就会被采纳来证明当时是绿灯。但是，如果证人出庭作证说当时是红灯，那么，庭前附誓陈述就不能证明当时是绿灯——它只能被用来质疑证人在法庭上说“红灯”时的可信度。

《联邦证据规则》第801（d）（1）（A）条规定：如果证人就此前矛盾的陈述接受交叉询问，该陈述与证人当庭证言不一致，该陈述在宣誓后作出，并且受制于审判、听审、其他程序或者庭前附誓陈述中伪证罪的惩罚，则该陈述可以被采纳来证明其内容的真实性。

接下来是对质。卡罗琳女王案（*Queen Caroline's Case*，2 Brod. & Bing 284，313，129 Eng. Rep. 976，(1820)）之后，要求必须先用此前矛盾的陈述和证人对质，然后才能用“外部证据”——文书、其他证人的证词、庭前附誓陈述——来证明该陈述。

但是《联邦证据规则》修改了对质的要求。根据第613（a）条的规定，不必使用证人的陈述与他对质，不必就此进行交叉询问。根据第613（b）条的规定，只要证人有机会对陈述进行解释或否认，而且对方有机会就此对他进行询问——比如进行再直接询问，你就可以用外部证据去证明它。

由于规则发生了重大改变，所以你会预期人们使用此前矛盾陈述的方法也会来个大转弯。很抱歉，大多数律师仍然在使用老方法——就像冈恩法官告诉里吉斯·麦科密克的方法——僵硬死板、默守陈规、毫无意义的烦杂程序，全美国都在使用这样的方法。

真是可笑。只要证人在庭审中有机会解释或者否认该陈述，是否进行对质就应当完全由你来决定。而且，庭前附誓陈述中的陈述原本只能被采纳来攻击证人可信度，现在也可以采纳来证明其真实性了。

密苏里大学堪萨斯城分校（University of Missouri-Kansas City）的詹姆士·W·琼斯教授看待这个问题的方式很好。“我们的态度完全错了，”他说，“我们不应该老是考虑此前矛盾的陈述，而是应该考虑此后矛盾的庭审证词。”

琼斯是对的。在那个红灯、绿灯的例子中，我们思考的方向应该是庭前附誓陈述证明当时是绿灯——不是证人说了“红灯”就不可信了。

4. 唤起记忆

每个人都会出现记忆丧失的情况。

每一个人都会。

所以，庭前附誓陈述有一个很好的用途，抚慰证人的神经元，把隐藏在记忆角落里的东西吸引出来。

这里存在一个问题，有些法官的观点是，必须先让证人承认自己不记得某事了，然后才能唤起他的记忆。但事实是，记忆出错也是一种遗忘。此外，现在根据《联邦证据规则》第607条的规定，你可以弹劾己方的证人。所以，如果法官认为你在唤起你方证人的记忆，这样做是不对的，你就可以告诉他你是在弹劾自己的证人。

当然，用别人的庭前附誓陈述来弹劾证人，这样做不对。但是这并不意味着，你不能用其他证人的庭前附誓陈述来唤起你方证人的记忆。你可以使用任何方式唤起证人的记忆。如果可以用一份报纸、一瓶香水、哼一段曲调来唤起斯坦的记忆，那么用福勒的庭前附誓陈述又有什么不妥呢？你只需要准备好应付对方提出的错误异议。

5. 引导证人

引导证人属于弹劾证人和唤起记忆之间的真空地带。弹劾证人的时候，重点在于破坏证人的可信度。唤起记忆的时候，重点在于让证人把所有事情都回想起来。而引导证人就不同了，既不在于破坏可信度也不在于唤起记忆。就像在交叉询问中循序渐进的提问一样，其目的是使证人作证时保持正确的方向。不论是直接询问还是交叉询问，其要点都在于预防问题的出现而不在于出现问题后再进行修补。

向证人友好提示他已经宣誓作过证的时候，要表现得通情达理一些。在陪审团听来你满怀同情心，因为证人要把同一件事情重复两次，但是对于证人来说言下之意是“所有内容都在我手上这份庭前附誓陈述里了”。

你询问证人的时候，手里要拿着他的庭前附誓陈述。只要有可能就尽量引用他自己的话。如果他说：“我不认为这个错误是‘毁灭性’的。”那么，你可以用友好的语调回答：“但是你就是用的‘毁灭性’这个词，不是吗？在这儿，看看你的附誓陈述。在第 127 页，律师。”

6. 过去记录的回忆

记住“过去记录的回忆”的所有要件——因为你不知道什么时候会用到它。你必须证明一句古老的墓志铭或者必须为临终陈述确立事实基础的时候，你就可以轻松自如地应付了。业务报告的各项要件你应该写在记事本上，但是“过去记录的回忆”的各项要件，你应该记在脑子里。以下就是它的各项要件：

1. 书面材料。

记录信息的任何方法都可以，那么庭前附誓陈述当然也是可以的。

2. 证人在记忆清晰的时候作出。

普通法规定，这份书面材料应当在其描述的“事件发生时或者随后不久”作出。正因为如此，没有人想过可以把庭前附誓陈述用作“过去记录的回忆”，因为庭前附誓陈述几乎从来都不是在“事件发生时或者随后不久”作出的。但是，《联邦证据规则》改变了普通法的规定，足以成为庭前附誓陈述的内容，也足以成为“过去记录的回忆”。

3. 由掌握一手信息的人作出。

4. 此人现在想不起来了。

普通法要求，只有证人忘记了几乎所有的内容，才能采纳“过去记录的回忆”。但是根据《联邦证据规则》第 803（5）条的规定，只要证人的回忆不够充分，就可以允许证人完整、准确地作证。

5. 这份记录被证明是精确的。

普通法希望证人席上的证人能够提供“担保”，虽然他不记得自己在记录过程中说的什么内容，但是他可以肯定他记下的内容是准确的。而证人在庭前附誓陈述中的宣誓就足以担当此任了。

还有一点，可以使用另一个案子中的庭前附誓陈述吗？

当然，只要它是这个证人作出的庭前附誓陈述就可以，因为它是过去记录的回忆——不是此前的证词（former testimony）。庭前附誓陈述从哪儿来并不重要，当时对方是否有机会交叉询问证人也不重要——只要所有的要件都满足就行。但是再提醒一次，要准备好向法官解释一切。

7. **选择性记忆的矫正**

作为初审律师，习惯性地使用“想起”和“记得”这两个词是我们最差劲的表现之一。毫无疑问，证人必须记得某件事情才能作证。但是你没有必要在证人开口说话之前就事先证明其记忆的内容，似乎它是不得不说的形式谓词。（But you do not have to establish that recollection as if it were some formal predicate that had to be articulated before the witness could speak.）

问题在于使用想起和记得这两个词就增加了证人说他不记得的可能性——如果你不提到它，它就不大可能发生。

询问证人已经很难了，因为证人会故意表示自己不记得了。（Examining witnesses is hard enough as it is without inadvertently suggesting they have a lapse of memory.）

其中有很多人是自己这样做的（或者是没有职业道德观念的律师暗示他们这样做的）。

好吧，你说，那又怎么样？那与庭前附誓陈述又有什么关系？

是这样的，庭前附誓陈述可以用来矫正那些“方便好用的记性”，它们似乎都记不住不利的信息。这要从《联邦证据规则》第804（a）（3）条的规定入手。如果“证人作证说明记不住陈述人陈述的内容”那么该证人就“不能出庭作证”（unavailable）。

证人是“不能出庭作证”的时候——尽管此时他正在证人席上坐着——那么根据第803（b）（1）条的规定，你可以把他的庭前附誓陈述当做事先的证词来使用。

并非一定要证人脑死亡或者声称自己不记得上周四以前发生的任何事情，你才能使用他的庭前附誓陈述。只要他声称自己记不起你想要的那部分内容，就为庭前附誓陈述打开了门。

8. **巴甫洛夫式弹劾**

每一次交叉询问都会涉及对证人的训练。对证人的训练从询问开始的时候就要着手了。如果一开始就放手不训练证人的话，在他慷慨激昂的论辩过程中你想要再控制住局面，这时就已经太晚了。

这种方法也适用于庭前附誓陈述。每次证人说的内容和庭前附誓陈述不一样时，你就要告诉他庭前附誓陈述中是怎么说的，并且通过宣读证词让法庭记录员把这些内容记录下来。

那么这时候你也可以试着碰碰运气。你想证明证人汽车的颜色。你知道他的车是蓝色的，他也知道他的车是蓝色的。问题是，庭前附誓陈述中没有提到这辆车的颜色。但是因为你每次摇铃之后都喂了食物给他，所以你决定再摇一次铃。于是你拿起庭前附誓陈述来提问。

问：“你的汽车是蓝色的，是吗？”

回：“是的。”

如果他撒谎说不是，那你该怎么办呢？

愤然放下庭前附誓陈述，然后问下一个问题。要记住，同时这时你也是在训练陪审团。

9. **专家证词的依据**

专家可以通过任何事物得出他们的结论。他们会参考非正式的报告、事件概要、统计摘要——几乎是所有的传闻证据种类，只要他们说它是“某个具体领域内的专家就该问题形成的意见或推论的依据……”就可以。（《联邦证据规则》第703条）

那么这就意味着庭前附誓陈述也可以。

第38章　被忽视的证据规则

“怎么了，迈克?”我问道。

迈克·皮列利是个年轻的律师，他开办了自己的律师事务所，准备创建起自己的诉讼业务。他走进公文包咖啡馆（the Brief Bag）的时候看起来像是在发愣。

“刚刚在沃洛普法官的法庭上受了打击，”迈克说，“他把整个事情做得滴水不漏，等我回到办公室后我才真正意识到有多糟糕。”

“发生了什么事儿?”我问道。

“你认识温迪斯特姆与克拉舍联合律师事务所（Windstrom & Crusher）的比利·斯特里克兰吧?”迈克问道。

“是狡猾的斯特里克兰吧?”我问，“当然认识，他总是诡计多端。”

“没错，”迈克说道，“不管怎么样，我接手的这件商业租赁案件中，他是对方的代理律师，他要把一份所谓的业务记录提交为证据。理由是，这是他的委托人的已故合伙人马文·惠勒写的备忘录，用来证明‘当事人的意图’时，这份备忘录应当具有可采性。”

“告诉你吧，”迈克说道，“那是一些业务记录，用铅笔写在一封向惠勒推销低利率信用卡金卡的邮件背面。”

“理论上来说，没有理由说不能把业务记录写在垃圾邮件的背面。”贝斯·戈尔德说道。

“但这可不是经营生意的好做法。”安格斯说。

“是啊，”迈克答道，“我当然想交叉询问惠勒——写备忘录的那个合伙人。六个月之后他就被指控进行邮件诈骗，可是他还没有接受审判就死了。”

“邮件诈骗行为和这个案件有关系吗?”安格斯问。

“很不幸，没有联系。”迈克回答道，“不管怎么说，你应该能够理解我为什么会把这份业务记录当做斯特里克兰的薄弱环节并且集中精力来对付。在庭前会议的时候我就提出了庭前动议（motion in limine），希望能把它排除在证据之外，但是沃洛普法官要等到审判阶段才进行裁定。

“后来，斯特里克兰请求把写在垃圾邮件上的业务记录进行标识以供当庭辨认的时候，我马上向法官重新提出动议。斯特里克兰说：‘法官大人，也许最好让陪审团退席几分钟，我们可以详细讨论一下再决定这份实物证据的可采性。’

“我们一进入听审阶段，我就开始用我手头的所有证据揪住他的备忘录不放。我论证它是为了诉讼而制作的。他使用信纸背面做记录，一般情况下人们不会这样做，这说明它实际上不是经营过程中的惯常做法。由于这份备忘录是在签订租赁合同之后至少六周才记录的，我认为它不是业务记录规则中要求的‘在事件发生时或随后不久’制作出来的。”

“我来猜一猜，”安格斯说，“你说了这些东西之后，沃洛普法官说你的异议针对的是

证据的证明力，不是可采性，然后就采纳了这份实物证据。”

“没错。”迈克说，“这就是我遭受的打击。我所有的好证据都是在陪审团退席期间拿出来的，他们什么都没有听到。等他们回来之后，审判继续进行，就好像什么事情都没有发生过，只不过斯特里克兰把备忘录向陪审团宣读了一遍。顺便说一下，他是拿着一份复印件宣读的，所以陪审团不知道原件是写在垃圾邮件背面的。”

“我回到办公室之后才意识到，斯特里克兰要求陪审团退席真是一条狡猾的诡计啊，它让陪审团听不到我那些有利的证据。”

“不，还没有。”安格斯说道，“你确实中计了。但是现在补救也为时不晚。”

“你说什么呢?”迈克反问道，“这份文件已经被采纳为证据了。我已经说过了。”

“但是，审判还没有结束，不是吗?”

“没错，”迈克回答，“斯特里克兰刚刚完成他的举证。明天上午我开始传唤我的第一个证人。但是那又能怎么样呢?”

“被忽视的证据规则，”安格斯娓娓道来，“文件被采纳并不代表战争结束。采纳这份文件不代表法庭认为其内容是真的——它仅仅表示这份文件还不至于不能入局。”

“沃洛普法官是在邀请你当着陪审团的面攻击这份文件，”安格斯说道，“这正是这种裁定的含义。他说你的观点针对的是证据证明力——也就是说，陪审团在决定是否相信备忘录内容的时候，有权听到你的证据。”

“哦，算了吧，”迈克说道，“这都是些套话。文件一旦被采纳，游戏就结束了。”

安格斯看着迈克·皮列利。“不如这样吧，”他说，“我这里有十美元，我和你打赌，《联邦证据规则》中有一条具体规则，它规定法官采纳了证据，并不代表你不能质疑其证明力和可靠性。”

“就这么定了。”迈克说。

“你看看第 104（a）条，”安格斯说着把书拿给迈克，“上面有没有说由法官决定证据的可采性?”

“说了，还说了别的东西，”迈克回答，“但是没有提到证明力和可靠性。”

“你再看着第 104（e）条，”安格斯问，“它说了什么?”

迈克把这一条读出声来：“‘第 104（e）条，本规定不限制当事人在陪审团面前提交有关其证明力或可靠性的证据的权利。’这一条规定是从哪儿来的?”迈克一边问一边拿出钱夹。

“这是那些被忽略的证据规则中的一条，”安格斯说，“有很多规则都被我们忽略了。第 104（e）条看起来没有杀伤力，没有人注意过它。但是明天它就要帮你大忙了。位于密尔沃基市的威斯康星州上诉法院法官拉尔夫·亚当·法恩（Ralph Adam Fine）曾经说过：‘第104（e）条是证据规则中的一个巨大漏洞。它几乎可以击败所有其他规则。’”

安格斯是对的。有很多规则没有引起我们足够的重视，有些隐蔽在最不起眼的地方。举例来说，迈克·皮列利要攻击惠勒的可信度——那份不同寻常的业务记录的制作者，已经过世了。惠勒毕竟是真正的证人（real witness）——尽管他从未上过证人席——对吗?

如果你对此感到怀疑，请看看《联邦证据规则》的第 806 条。该规定的第一句是这样说的：“传闻陈述或者第 801（d）（2）条第 C、D、E 项中规定的陈述被采纳为证据时，仍然可以攻击陈述人的可靠性，如果受到攻击，可以使用假若陈述人作为证人出庭作证时会被采纳的用于此目的的任何证据加以支持。”

你几乎从未见过有人攻击未出庭证人的可信性，那是因为大多数律师都忘了还可以这么做。

这对于迈克·皮列利来说意味着什么呢？惠勒被指控邮件诈骗。尽管诈骗行为与本案没有关联，但是它却和惠勒作为证人的可靠性有很大的关系。

如果惠勒还活着并且出庭作证，那么就可以问他是否真的犯有邮件诈骗罪——根据《联邦证据规则》第608（b）条的规定，完全可以这样交叉询问，它允许询问有关证人可靠性的不良行为。

但是稍等一下，你说。你向谁询问惠勒的邮件诈骗罪？惠勒已经死了。

没错，但是提交业务记录的一方隐蔽这个事实也是不公平的。所以，你应该询问原告，他的合伙人是否曾经实施过邮件诈骗的行为。（顺便说一句，你在行动之前最好能够向法官解释清楚，根据第806条和第608（b）条的规定，你打算要做什么事情，否则必然会引发严重的骚乱。因为如果律师们都不大可能知道这些规则，那么法官也一样。）

解决问题的另一个方法是询问原告其已故合伙人的诚信度的名声。如果他说惠勒名声很好（他几乎一定会这么回答），你就再问他是否知道他的合伙人在死前两个月被指控邮件诈骗罪。

你可以这么做吗？当然可以。第404（a）（3）条规定，你可以运用品格证据来质疑证人的可信度。而第806条规定，这种质疑也适用于传闻的陈述人。

在结束对迈克·皮列利案件的讨论之前再多说一点。很多人都知道，根据《联邦证据规则》的规定，复印件通常与原件同样具有可采性。

但是并非总是如此。第1003条规定："复制件与原件具有同等程度的可采性，但是（1）对原件的真实性确实存在疑问，或者（2）有其他理由说明采纳复制件将是不公平的情况不在此限。"

请注意这条规则是如何一下子吸引住你的。没有什么复杂的规定要求业务记录一定要记在什么样的纸上，但是，如果让陪审团看看这份备忘录实际上是写在垃圾邮件背面的话，他们必定会很感兴趣，这样他们就可以判断出它是否真的是在通常的业务过程中制作的。把原件换成干净的复印件，通过这种方式来掩饰，必然会造成虚假印象。

下面我们来谈谈别的事情。

文 件

大多数民商事诉讼案件中充斥着无关紧要的文件。出现这种现象的主要原因是当事人的担心——担心遗漏一份着了火的文件就会导致案件结果完全不同。所以，我们不是精简到刚刚能完成证明案件的文件，而是只剔除那些与案件完全没有关联的文件，剩下的全部都被我们提交为证据，那是几百份甚至有时数千份与案件仅有一丝关联的文件。

这个问题很严重。联邦地区法院法官罗伯特·E·琼斯（Robert E. Jones）曾经观察过，在俄勒冈州波特兰市的律师们是如何处置他们提交的这些文件的。琼斯法官了解到，律师们费很大力气让法庭将其标记并且提交为证据的文件，其中超过50%的文件在庭审过程中询问证人时甚至根本不会涉及，而出现于法庭最后陈述阶段的文件还不足10%。

根据《联邦证据规则》第1006条，处理关联不大的材料的方法就是把它们都放在家里，然后提交一份所有材料的概要。但是那样你又会担心，被法庭采纳的只是这份概要，而文件本身没有被采纳。

于是，科罗拉多州丹佛市的联邦地区法院法官吉姆·卡里根（Jim Carrigan）对此有个有趣的办法。他告诉打文件官司的双方律师，把他们的文件分成不同的两摞，那一小摞是在审判过程中法官和陪审团真正需要看的文件，每一方的那一小摞文件都会被放进陪审

团的证据案卷里面。

而那一大摞则是律师们认为需要记录的，可以供上诉法官查看，它们就被放进一个很大的案卷盒里，大家也不用费神去看这些文件了。

关联性

休斯敦的初审律师（以前曾任法官）丹·唐尼（Dan Downey）仔细考察过我们如何证明证据的关联性。多数律师都忽视了《联邦证据规则》的第401条规定，直接使用第403条中的关联性权衡规定。

换句话说，他们忽略了界定关联性的条款，认为法庭必须作出证明价值和不公正偏见的风险（以及所有其他抵消因素）二者之间孰轻孰重的判断。

但是，唐尼认为这样做就遗漏了很多东西。一开始它就承认证据具有关联性，而实际上也许并非如此。而第401条是很有用的规定，可以质疑对方的证据："'具有关联性的证据'是指证据具有任何一种这样的倾向，使任何一项对诉讼裁决有影响的事实的存在，若有此证据比没有此证据时更有可能或更无可能。"

唐尼说，使用这一条规定，可以质疑对方的证词是否真的能证明与案件结果有关的事实。用这一规定来检验，它是否使得与案件结果有关的事实存在的可能性更高或者更低。

只有等对方确立了证据的关联性之后，你才需要考虑关联性和不公正偏见风险之间的权衡问题。

学术文献

第803（18）条的规定中处理学术论述的方法是《联邦证据规则》的一项成功之处。此前的做法是，证人必须承认他/她以一篇学术论文为依据，或者至少承认该论文在该领域内具有权威性，然后你才能使用这篇论文在交叉询问的过程中弹劾这个证人。

而现在，另有两种方法可以确立论文的权威性——通过另一个专家证词来证明，或者甚至通过司法认知来确立。这样一来，证人就很难逃避就该领域内重要论文提出的交叉询问。

根据第803（18）条的规定，你还可以在直接询问中使用学术论文来补强证人的证词。它可以帮助确立一种很强的印象——证人很清楚自己在说什么。

但是，很多律师会忘记一件事情，他们会忘记把论文中支持或攻击证人的那部分内容提交为证据。因为第803（18）条的规定是传闻证据规则的例外情形，论文中的这部分内容要成为证据，不仅是为了支持或反驳证人的证词，而且还要证明它自身的真实性。

你使用正确的方法将它提交为证据时，会给法庭留下非常好的印象："法官大人，我们将刊载在《新英格兰医学杂志》中的布莱特韦尔博士的文章提交为证据，以证明其真实性。"而且，你根据第801（d）（1）条的规定将庭前附誓陈述的一部分内容提交为证据时，也可以用这种方法。

简便方法

有时候使用这条规则要比使用那条更简单。以第406条"习惯和惯例"规定为例，如果你必须通过对方当事人的敌意证人来确立习惯和惯例的可采性事实基础的话，这是非常

难以办到的。

假设你接受了一起就业歧视案件的原告的委托。你要证明他是因为举报了雇主才被解雇的，你必须证明雇主在过去的三年中曾两次这样做，这是否足够证明习惯的存在？

丹·唐尼说，何必那么麻烦呢？你可以直接使用第404（b）条——太多的民事诉讼律师都忽略了这个规定。它的内容是："其他犯罪行为、违法行为或行为的证据，不得被采纳用来证明个人品格，以说明其行为符合其品格，但是，它可以被采纳来证明其他内容，如动机、机会、意图、预备、计划、认识、身份或者无错误或意外……"

天普大学法学院的法学教授、全美出庭辩护研究会的董事托尼·博奇诺说，律师们没有充分利用《联邦证据规则》第404（b）条"附条件关联性"的规定。也许你很想说，那是因为没有人明白它是什么意思。

很难想象一个简单的概念可以写成这么累赘的法条。但是请记住下面这段由学者们写的话："第404（b）条，以事实为条件的关联性。当证据的关联性取决于事实条件的满足时，提交足以证明条件满足与否的证据时，或者根据足以证明条件满足与否的证据，法庭应该采纳该证据。"

它实际上就是大家熟知的"答应随后补上"规则。而且正如博奇诺所言，它让生活变得更简单了。

首先，你无须在证据被采纳之前确立完整的可采性事实基础。你可以答应随后再补上，而法官也可以现在就选择采纳这份证据。

其次，它可以使你按照你需要的方式来传唤证人，而不是按照错综复杂的证据可采性事实基础的要求来做。

再次，答应随后补上事实基础，它传达的信号是，你对自己的证据非常有信心，它对初审法官具有说服力。

还有，北卡罗来纳州的初审律师查尔斯·贝克顿说，证明没有发生某事确实很困难，而律师们往往忽视了《联邦证据规则》第803（7）条能提供给他们的帮助，这一规定告诉我们，业务记录缺少某个通常应当会有的标记时，可以被采纳来证明这件事没有发生。

还有更多的简便方法。为什么要费劲地证明，你要提交为对方自认的那句陈述，在陈述人说出它的时候是获得了授权的？而你不必如此费劲。"当事人的代理人或者雇佣人就其所代理或雇佣范围内的事项在代理关系或者雇佣关系存续期间做出的陈述"，根据第801（d）（2）（D）条的规定，它是自认。这句陈述不必得到当事人的授权就可以成为证据。

学习证据规则

还有最后一个问题。你是怎么知道这些规则和知识的？拉尔夫·亚当·法恩（Ralph Adam Fine）法官，可以算作是"司法界的苹果佬约翰尼"（Johnny Appleseed），他出版了一本关于《联邦证据规则》的小手册，这本书的引言非常精彩，他说：

有一条精通证据规则的捷径：阅读——每晚2～3分钟，每次一条，每天一次。半年之后，走过这条路的人就会成为证据规则的主人。



可采性事实基础与异议



第39章 做记录

极少有附誓陈述（deposition）出了名的，但是也有这种情况发生。多年以前——当纽约总督岛还是一个军事基地的时候——就有这么一次庭外宣誓作证。

一个士兵被指控在德国犯有罪行。因为美国陆军（the United States Army）拥有世界范围的司法管辖权（worldwide jurisdiction），所以它可以审理发生在任何地方的案件，于是这个士兵在美国接受审判。指证他的主要证人中有一个采用了庭外宣誓作证的方式。被告人和他的律师去德国参加这次庭外宣誓作证，他们去听证人的证词。

当然，审判这个士兵的军事法庭没有去看或者去听那个证人当庭作证。他们听到的只是附誓陈述，被人在法庭上大声宣读出来。

此时，辩护律师的辩护策略就很清楚了。他用了一个简单却有效的技巧：证人作证时的任何一个动作——不管有多细微——律师都要求把这个动作分毫不差地写进记录：

记录中要反映出证人在回答这个问题前用他的右手拉了一下左耳朵……记录中要反映出证人回答完最后一个问题后从椅子的一侧挪到了另一侧……记录中要反映出证人在回答这个问题时坐在椅子上身体前后摇晃……

于是在整个直接询问和交叉询问证人的过程中都是这样。审判被告人时，附誓陈述宣读给法庭成员听，效果不同凡响。证人听上去像是一个坐立不安、心神不宁的说谎的人。

对多数律师来说做记录是非常单调乏味的。他们用这个词来表示你应当证明你案件中所有的关键事实，确保它们被正确地写进记录中。这就是一个良好的开端。很显然，有些律师非常善于获得有利的判决，但是在上诉中他们不能保住有利的判决——对于他们来说这是一种痛苦。

有时候就是不能证明，尽管有足够多的法律原则用来帮助解决这个问题。现代的证据披露（discovery）、司法认知、证明责任由最了解事实的当事人承担、产品责任案件中免除过失的证明以及事实自证（res ipsa loquitur）等都是减轻证明责任的规则。它们使得记录变得更容易，因为需要记录的内容变少了。

需要担心的是那些可以证明、但是由于激烈辩论中的人为错误而没有证明的案子。

避免此类错误最好的方法是使用办理案件的审判笔记本系统（trial notebook system）。它包括精心安排案件的推理、准备直接询问和交叉询问的问题、证明清单。它们都放在一个真正的笔记本里，你可以根据它来办理案子。

可是，制作审判笔记不是做记录——它包括为案件的审理做准备和做记录。这里要谈论的是实际上怎么做。而且做记录也不仅仅是确保法庭记录员（the reporter）记录下发生的一切——你看看一个案子的记录中包括的内容，这一点就再清楚不过了：

- *起诉状或答辩状*
- *动议及其理由要点*

- 法庭指令
- 接受的实物证据
- 被标记、提交，但未接受的实物证据
- 逐字逐句的法庭记录
- 向陪审团给出指示的提议
- 判决表或者对特殊质询书的答复
- 事实裁决书和法律裁决书

看看这份清单多么具有指导意义。其中的许多事情坐在办公室里就可以完成。这很重要，因为这样能够把错误的机会降到最低。事实裁决书和法律裁决书就是最好的例子。很多法官——尤其是州法院的法官——把起草事实裁决和法律裁决提议的任务交给胜诉一方的律师。这是一个绝佳的机会，可以用精心的写作来保护有利的裁决。另外，如果你是败诉一方，你应当仔细研读你的对手写了些什么来让法官签署。

研究这份清单也能帮助你理解为什么要如此强调文字记录（以及相关事物）的重要性。这是你必须要做的事情——当事情发生的时候通过现场的另一个人去做。

进行文字记录非常重要，这给人足够的理由去学习它。逐字逐句记录是相对晚近的事物。如果你读一读几百年前的老案子，你看到的十有八九都是实际对话中的只言片语。逐字逐句记录是随着速写的产生才流行起来的。普遍使用的速写方法大概在 19 世纪 80 年代末期才创造出来。可能还有一些法庭记录员仍然在使用手写的方式做记录。

但这并不多见。普通速写记录的速度很难超过每分钟 80 个单词，而平均的谈话语速大概是每分钟 140 个单词。来看速记打字机，它于 1910 年出现在得克萨斯州的达拉斯。它可以使速记打字员每分钟记下约 200 个单词（这是法庭工作的一般要求），高手能够达到 280 多个单词。这是目前最普及的方法。音频视频录像带日益受到欢迎，因为它们能节省开支。现在有许多速记操作员使用电子设备制作普通的纸带记录，也可以制作计算机可识别并转换成电子记录的磁带或碟片。

所有的方法都各有其自身的特点，并且所有的方法都会出现错误。几乎总能发生把“注定”（fatal）记为“致命”（vital）、“不是”写成“此时”的错误。虽然文字记录中的大部分错误无伤大雅而且容易认出来，但是有些错误却很棘手、很危险。既然精确的语词记录很重要，那就值得去校对并纠正记录中的错误。

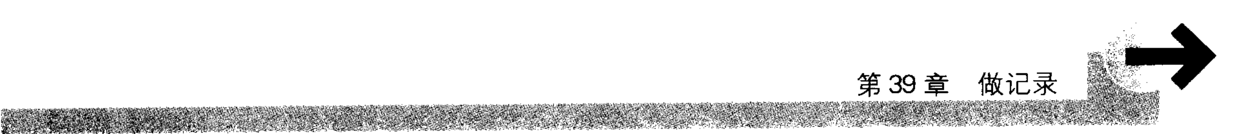
明白法庭记录是一项艰难的任务后，记住一些要点可以帮助做出更准确的记录。

表达清晰

在法庭上清晰地表达不仅是为了方便法庭记录员，有很多法官和陪审员上了年纪，听力不如年轻人那么好。事实上，如果你觉得自己在表达上面有问题的话，让法庭记录员帮助你是一个好主意。告诉记录员你的担忧，让他在你说话声音太低的时候举手示意。有一些——但并非所有的——记录员会主动这样做。

语速不要太快

对舌头转得快的人来说，这一点说起来容易做起来难。如果有人说你讲话速度太快，至少有两点可以有所帮助：第一，仔细倾听全国优秀新闻播报员的播报，他们说话的语速接近于引人注意且能够理解的最佳效果。第二，学会停顿。陪审员和法庭记录员一样都有



内置缓存。人们能够听一连串的快速讲演——假如他们每隔一段时间能够有时间吸收已经听到的内容，就能弄清楚它的含义。有效地使用停顿是学会控制语速的首要步骤之一。

拼 写

大家都知道应当要求证人拼写出自己的名字，以便记录员能够准确地记录下来。实际上，许多带领证人宣誓的法庭书记员（clerks）和法警会要求证人说出其姓名、住址和姓的拼写，成为他们作证前冗长陈述的一部分。因此建议你让证人拼写出除了他们姓名以外的其他内容——比如他们提到的人的名字或者他们在证词中使用的专业术语。

实际上，需要让专家向陪审团解释某个术语的时候，让他把这个词也拼写出来通常是个好办法。“博士，您刚才告诉我们‘薄壁组织’这个词是指器官的主要部分——您能不能告诉法庭记录员这个词怎么拼写呢?”但是要注意，你不要让专家感到你出的拼写测验题使他尴尬。如果你知道在庭审中会使用到一些专业术语，你应当考虑为自己和法庭记录员准备一份词汇表。

注意数字

数字的问题在于其模糊性。街道门牌号码通常都很清楚，但是技术性数字代码可能就不是这样了。因此，在读出带有小数点的数字时，一定要把它读出来。否则记录员（和陪审团）就不知道你说的“五二零一”是指 5201 还是 52.01（英语中的 fifty-two-oh-one 即可以指 5201 也可以指 52.01——译者注）。

私下会议

在法官席旁边进行的私下会议也会产生重要的裁决。除非被邀请上前，否则一些法庭记录员会待在原地（就无法记下法官和律师小声说话的内容）。让法庭记录员上前也不是什么难事，普通的速记打字机只需要旋转 90 度从三脚架上取下来就可以拿到任何需要使用的地方。

也许最难的问题是什么时候需要文字记录，答案并非不言自明的。需求和成本之间的紧张关系一直存在，这要求一个有想法的初审律师在每个案件中从全新的角度来看待这个问题。看看审判的不同阶段你就知道原因了。普遍的做法是只在下列一个阶段进行文字记录——公开庭审证人作证阶段。

1. 审前听讯（pre-trial hearing）
2. 陪审员资格审查（jury voir dire）
3. 开庭陈述（opening statement）
4. 公开庭审证人作证（testimony in open court）
5. 私下会议（sidebar conference）
6. 口头动议和请求指示（oral motions and requests for instructions）
7. 总结陈词（final argument）
8. 法律要点说明（instructions）
9. 裁决（verdict）
10. 调查陪审员意见（polling the jury，陪审团裁决后，被告可以要求陪审员逐一说

出他投了什么票——译者注）

对于这个问题虽然没有“标准答案”（school answer），但有些因素是值得考虑的。

审判中的任何时刻都可能发生错误，发生错误的时候就是有必要做文字记录的时候。让记录员做记录并不意味着你要一份记录，这可是一大笔花销啊。

如果你不信任对手或法官，通常就应当把更多的诉讼程序记录下来。

陪审员资格审查、开庭陈述和总结陈词是比较好的选择做记录的时机。在这些阶段律师常常会把证据说错，加入不当争点，或者犯其他的错误。此外，在你自己的总结陈词中你也许有时想要引用对手在开庭陈述中作出的承诺。

不记录下私下会议的辩论或者陪审团不出席的听讯，往往是个错误。如果法官坚持某些内容不要写进记录，你应当特别留意，如果发生你认为应当记录的事件，就要明确说出这部分要记录下来。

有时候你所在的法庭很不友善，此时你就需要带上自己的独立记录员。这样做的时候，也不必觉得不愉快——做就是了。这是对付那些事后选择性“修正”文字记录的法官们最好的办法之一。

既然你已经想好了如何做记录和何时做记录，现在该谈谈怎么做记录了。

做上诉法院的眼睛

文字记录是对抗式诉讼的一部分，由你来确保，它记下了所有你想要的内容。正常情况下，法庭记录员只记下人们的话语——不记录他们的动作——除非你想想办法。想象你自己就是上诉法院的眼睛，把你看见的事情说出来，以便记录下来：

1. 手势和其他非语言的交流。“法官大人，可否让记录中反映出证人做手势时双手之间的距离大约是 2 英尺？”

2. 要求口头回答。如果证人的回答是一声咕哝、一次点头、“嗯”或者其他非语言的回应，那么由你来处理这样的答复。“可否在记录中写下证人点了点头，表明‘是的’？马隆先生，请你大声回答我的问题，好让法庭记录员记下你的证词。”

3. 在任何涉及物体间距离的案件中要准备好目测出审判庭上的距离。最好的办法是事先熟悉审判庭中物体的距离，然后在你的公文包里准备一个长卷尺，以防你的目测距离遭到质疑。你会问，怎么才能把你所知道的东西写进记录呢？最简单的方式是诉讼契约（stipulation）：

> 问：杰克逊太太，你第一次见到巴尔特先生的时候他离你有多远？
>
> 答：哦，大概就是从我这里到国旗的距离。
>
> 问：（向对方）律师，我们能不能一致同意证人估算的距离大概是 12 英尺？

如果对方律师愚蠢到不同意的话，你可以帮助证人测量这段距离并说出测量结果。

4. 记录下法官、对方律师和证人的不良行为。这样做不大受欢迎，因此关键是要礼貌。律师们常常会简短地说明他们忍耐了很久才提出异议，这可能没有多大帮助：“法官大人，我们已经非常耐心地忍受对方律师的怪动作，但是现在我们终于忍不住要对他的一再骚扰提出异议，他把纸揉得沙沙响，把书摔得砰砰响。”通常直截了当会更好：“法官大人，我要正式提出异议，我希望记录中能够写下在刚才的几分钟之内，被告律师四次故意搓揉纸团，故意把书本摔在地上。”对法官的不当行为也可以这样对付，要做到彬彬有礼，但是也要把它说出来以便写进记录。

提交合意

合意这个问题有时很棘手。在民事案件中合意由双方律师达成，但是在刑事案件中通常还需要被告人的明示同意。无论是哪一种方式，合意可以使一些争点或者事实问题归于平息——如果它作为证据被提交的话。合意与起诉状、答辩状不同，起诉状、答辩状能够自动限制审理范围。如果民事案件被告在答辩状中承认应负责任，只是对赔偿数额提出质疑，那么审理范围仅限于赔偿数额——不涉及责任承担（除非证明责任承担的事实也能证明赔偿数额）。另外，如果这个被告在合意中同意某个事实为真，那么只有当此合意作为证据被提交后，才能确定这一问题。

在审判前，用书面方式把合意固定下来是明智的办法。当你进行主诉举证（case in chief）的时候，你可以把它们念给陪审团听。而且，由于合意是念给陪审团听的，所以一定要用英语写——不要用法律用语写。拿一份副本给法庭记录员可以得到他的一点感激——你在念合意的时候他可以有几分钟的时间让双手休息一下。你还应当让法庭就合意的含义对陪审团给出简短指示——陪审团应当怎样接受已取得合意的事实为真实，无须进一步证明。

还有更多需要注意的。对事实的合意能够确定这一事实。但是，某人将要就某个事实作证的合意只是双方一致认为这个人应当那样作证——并不是说他（原文为“他们”——译者注）作证的内容是真实的。这种合意使得对方可以提出反驳的证词。如果你觉得这很复杂的话，还有更复杂的。

某人将就某事实作证的合意不代表双方一致认为这些事实具有关联性或者可以被采纳为证据——只是表明，如果法庭允许这个人作证的话，他会说这些事。

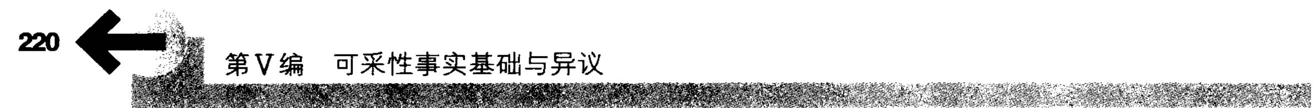
法官大人，我们同意如果卡普兰先生出庭，他将就我们允许公交车行驶的速度的变化作证。可是，法官大人，即使我们同意他可以在获得许可后作证，根据《联邦证据规则》第407条的规定，这份证据是不可采的。并且，法官大人，我们的观点并无不妥——如果他们现在把卡普兰先生带上法庭作证的话，也不能改变什么。这份证据仍然是不可采的。

你想想会发现这并非不公平。某人将以某种方式作证的合意是一种便利的方法，可以避免传唤证人。这可以节约时间。但是这样做和传唤证人出庭作证比起来，并没有使任何一方占便宜。不过，采用这种手法的策略，可能给你带来做事不择手段的名声。而且，你还可能输掉官司。法官可以裁决你放弃了异议的权利，这取决于合意中的措辞。如果你达成了一项合意，也想要保留基于某些特定理由提出异议的权利，你应当在合意中清楚地说明你的保留，而不是在庭审过程中突然向对手提出来。

很多合意不是事先达成的，而是在审判过程中的一时冲动。关于这种合意有两条简短的建议：如果是对方提出来后你表示同意的，确保他在合意中的陈述都记录在案。另外，如果是你提出的合意，用你自己的话语来写这份合意（或者至少要把你自己的话语写进这份合意），这样你就不会因为不小心而使得应承的内容比原本打算应承的内容更多。

做权利的捍卫者

有的律师有一种倾向，只有在直接对陪审团说话时才把自己当成权利的捍卫者。他们倾向于把法律的正式要求——确立可采性的事实基础（laying foundations）、提出异议和反驳异议、把事情说出来以写入记录——看作是机械的操作，就像劈木头似的。



这个做法是错的。

首先，技术能力可能帮助赢得法官和陪审团的尊重，认为你是可靠的信息来源。其次，做记录就能具有说服力。

审判过程中你所做的每一件事几乎都具有一些在事实上说服或者在情感上说服的潜力。做记录并不是一个技术上的问题——它是让你成为初审律师的一次机会。

第 40 章 提出实物证据的步骤

显然你必须知道如何把实物证据作为证据提出来（introduce exhibits into evidence）。但是你会惊讶地发现多少律师笨手笨脚，把这项工作做得一塌糊涂。

以下是如何正确处理这项工作的备忘单。

1. 要求将实物证据进行标识

声明："我要求把这个标记为原告/控诉方/被告的实物证据，以便识别。"从严格意义上来讲，区分这些物品或文件只能使用非常概括的指称，稍具体的指称就违反了不得使用未经宣誓证词的规则（rule against unsworn testimony）。虽然对方可能提出异议，也可能不提出异议，但是把实物证据标记为，比方说，"事故后原告汽车的照片"的做法并不妥当。而且，你应当让记录员或者书记员给实物证据分配适当的数字或字母标记。这属于他的工作领域，他可能会很讨厌任何人的干预。当然，如果他出了错，那么应当要提醒他。通常记录员或者书记员会记下一串使用的数字或者字母，比你出错的可能性要低。

如果案件涉及的实物证据数量很多，尤其是它们种类相近时，同意将它们提前标明数字或字母是明智的，甚至提前确定它们的可采性也是合乎情理的。当然，有些时候你不希望对手知道你有某份文件或实物证据，尤其是它的主要用途在于攻击证人可信度时。因此，熟知整个过程以便在审判中运用是必不可少的。

2. 让对方律师查阅实物证据

基顿教授建议把实物证据提交为证据之后再拿给对方律师查阅。（R. Keeton，*Trial Tactics and Methods* 63（2d ed. 1973）.）可是，等到那时候会导致对方直接要求查阅这份文件，这样会很尴尬。

3. 为实物证据提供可采性的事实基础

即便对经验丰富的初审律师来说，没能为实物证据（或者其他言词陈述）提供全面的可采性事实基础也是典型的失误。除非一个人幸运地或者不幸地拥有无懈可击的记忆力，否则最好的方法就是为你打算使用的每一种实物证据都准备一份可采性事实基础的清单，记在审判笔记本中。可采性事实基础这个话题完全可以写一整本书，不过这里只涉及几个典型的问题。

就现场照片而言，只需要一个证人发表陈述证明照片是对现场真实且准确的再现，以及现场与案件具有关联性的证词即可。确立这种可采性事实基础最简单的方法就是找一个普通的事实证人（fact witness）。然而，有时候也找不到这样的证人，那么拍照片的人至少可以确立一部分事实基础，他可以描述拍摄过程中的技术细节来表明该照片是对现场真

实、准确的再现。不过，确立这些可采性事实基础并不能保证这张照片能够被采纳，因为它引起偏见的情况可能会超出其证明价值。但是确立事实基础是使其可采的必要步骤。

模型和图表稍微简单一些。举例来说，在头部受伤的案件中，头骨和人脑的塑料模型可以使神经学家的证词更容易理解。使用这一实物证据的正当事实基础是，从形象说明证人证词的目的出发，该物品是对人类头骨和大脑的准确复制。标准并不要求达到完全精确，模型和图表只需要达到其用途所要求的详尽、准确即可。有些法院对此类实物证据的处理较为宽松，甚至不要求确立可采性事实基础就能够使用它们。但是有的法院坚持要求对它们进行标识、确立可采性事实基础、正式提交为证据。要取得完整的记录，并且允许该实物证据被拿进陪审团评议室，这就是一个重要的步骤。因此，通常更好的做法是不怕麻烦履行正式的采纳程序。经过法庭的许可，在审判结束时可以用一段文字描述或者照片取代该实物证据被纳入到法庭记录中。

使用某些事物来唤起证人的记忆时，该事物本身不能被提交为证据。尽管如此，有的法院要求这类物品——通常是文件——进行标识，并且通常最好能这样做。既然过去记录的回忆（past recollection recorded）的可采性事实基础包括这份文件不能唤起证人的记忆，那就尤其需要进行标识。简略而言，过去记录的回忆可采纳的要求是：

（1）是一份书面记录，

（2）由证人或证人指挥并控制的人于事件发生之时或发生之后不久记录的，

（3）证人现在记不住已经被记录并试图被采纳的事情，

（4）有一个“准确性保证人”，或者有人说明证人在做记录时对所记录信息的准确性是有把握的。

至于物证（real evidence）——比如杀人凶器、产品责任案件中的不良设备以及就是物品本身的其他实物证据——其可采性事实基础可能会复杂一些，因为需要说明它的保管链（a chain of custody）。要求是，要表明该物品从谁那里拿出来，从有关时间起接下来由谁保管，并且该物品的状态与最初收到时的状态相同。该物品容易识别并且不易损坏时，初审法庭有权仅仅依据其状态与有关时间的状态基本相同这一基础来采纳该物品。不过，如果该物品容易发生变化、不易被识别或者容易被篡改，法庭可以要求提供非常详尽的保管链。

你不能够证明保管链时，未必就是一切都完了。初审法庭可以行使自由裁量权，采纳模型或复制品以形象表现证词。没有满足保管链要求的物品也许可以有资格用于这些用途。

4. 将实物证据提交为证据

这一步往往被忽略了，结果导致陪审团不能把这个实物证据拿进评议室，或者他们拿进去了，但这种做法是不妥当的。这可能成为致命的疏忽。

实物证据提交为证据应当是这样的：“辩方第14号实物证据被提交为证据。”有的法院喜欢一次性将所有实物证据提交为证据，通常是在一方当事人完成实物证据出示的时候。这种做法节省时间，也不容易造成偶然疏忽。不过，这个程序使得实物证据被采纳之后陪审团才能接触到，或者在它被正式采纳为证据之前，只能对着禁止对实物证据提供证词——除了证明其真实性的证词以外——的规定干瞪眼。因此可以说，如果你的实物证据还有附加证词，而你希望陪审团马上能看到它的话，更好的做法是在证明其真实性并且让对方律师查阅之后直接将其提交为证据。



5. **向初审法官出示实物证据**

如果法官还没有拿到一份实物证据的副本，向他出示该实物证据的恰当时机就是将其正式提交为证据之时。

6. **预先询问证人、异议和对方律师的反驳**

尽管对实物证据提出了初步的可采性事实基础（prima facie foundation），该材料仍然有可能并不可采，因此，对方律师可以就表面成立的事实基础对证人进行初步询问（preliminary examination）。是否允许进行这样的询问通常属于初审法庭的自由裁量范围。

这种询问的正确做法不是对证人进行宽泛的初步交叉询问，而是只能涉及检验有关初步事实基础是否成立的问题。此外，通常最好不要进行预先审查（voir dire examination），除非你认为这是能够由此而排除该实物证据的好机会。如果法庭裁决你的异议是针对该实物证据的证明力、而不是针对可采性的话，陪审团有可能把这个裁决误解为你的质疑不具有法律效力，并且应当忽略不计。因此，除非你觉得这是排除该证据的好机会，否则最好别费劲出击进行交叉询问。

有些初审律师的想法正好相反——认为交叉询问证人两次比一次强，然而把预先询问证人用于这一用途是不允许的。而且，虽然有的法官从未听说过预先询问证人，但是还有一些法官很熟悉这个程序，能够立即阻止超出合理范围的询问。

7. **法庭裁决**

如果法官忘记作出裁决的话，可以请求他裁决。

8. **有关实物证据的证词**

不是为了确立实物证据可采性事实基础的任何证词，只有等该材料被采纳为证据之后方能提出。（Any testimony about the exhibit not necessary as a foundation to its introduction should only come after it has been admitted into evidence.）

9. **把实物证据或其复制件交给陪审团**

初审法庭常常允许把照片和文件的副本分发给陪审团。如果证人就某事物发表证词时你希望陪审团看到该事物，那么，给每个陪审员一份副本或者准备一份足以让所有陪审员同时看到的大型展示品会很有帮助。把实物证据交给陪审团很重要，因为他们可以把它们拿进评议室供审议时使用——这个做法在很大程度上强调了演示性证据（demonstrative evidence）的作用。但是，言词性的材料，比如庭前附誓陈述，通常不允许带进评议室，理由是陪审团会过于重视这份证词。（See H. H. Spellman, *Direct Examination of Witness* 98—107（1968）.）

如果一份实物证据中只有一部分具有关联性，例如整个日志或记录中的一个条目，按惯例是请求法庭允许读出材料中的这一部分，确定摘录的部分以引起陪审团的注意（identifying what excerpt is being called to the jury's attention）。完整性规则和不公正节选的对抗手段（antidote to unfair selectivity）允许对方给出解释或者从这份材料中找出修正内容。

第 41 章 可采性事实基础

可采性事实基础的麻烦在于，它们四处潜伏，等候时机把你绊倒。通常，诉讼之神们会把最复杂、最神秘的可采性事实依据留到特殊情况时使用，此时委托人支持你，对方提出的异议不太明确，并且初审法官支持了对方的异议，他的决定有两方面的效果，一方面逼着你按规矩办事（turn some square corner），另一方面又不告诉你规矩是什么。

问题的部分原因在于法学院的证据法课程，这些课程是按照抽象概念的发展来安排的，而不是按照审判中事实的证明过程来安排的。

但事实是，证据法中无论哪个部分，都要求必须首先将某事物提交为证据之后，才能证明你真正要证明的东西。换句话说，如果你愿意的话，你看待证据法的时候可以从这个问题开始：我首先要证明什么？

得出的效果是值得花这番工夫的。证据就会各就各位，不再是一堆杂乱无章的规则，一种格局逐渐形成，这将有助于把证据从棘手的难题变成法庭上由你掌控的力量。对一个初审律师来说，精通证据的声誉是无价之宝。

首先，这里有一份基本要点的清单。需要满足所有这些要求的可采性事实基础并不多。另外，如果这些要点都能解释清楚的话，十有八九几乎任何证据材料的可采性事实基础都是完整的了：

- 证人资格
- 真实性
- 关联性
- 最佳证据规则
- 传闻证据规则和适当的例外
- 程序性先决条件，如对质、补强（corroboration）、攻击或者通知
- 魔法咒语

很显然，只有当这些条件有意义的时候，这份清单才会有所帮助。虽然这些都是耳熟能详的词语，但每一个都值得再讨论一下。

证人资格放在这份清单的最前面，理由有二：一是因为这个问题通常最早出现，二是因为它往往被遗忘。需要证明证人资格的不仅仅是专家证人，有一个基本条件，要求必须表明任何事实证人对其要作证的事情都有直接了解（firsthand knowledge）。

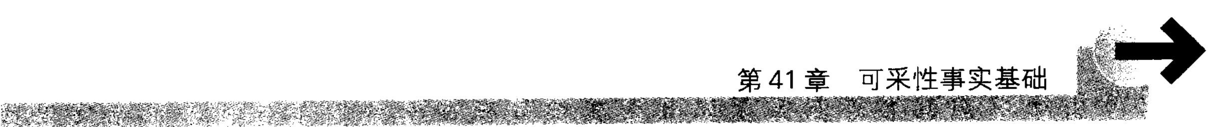
有经验的初审律师处理这个问题通常是遵从习惯：

问：你能不能听到布莱登先生是否做出回答？

答：是的，我听到了。

问：他说了什么？

在任何证人开始作证时要确立这种亲身感知（personal knowledge）的事实基础，并



且随着询问的继续还要不时地重复确立这一基础，这一点很重要。它能够阻止为了打断询问进程而不时提出的异议："反对。他是不是知道，法官大人。"

很多事实基础如果对方没有及时要求确立的话，就有可能无须再加以证明了。但是对于一手经验来说，也不完全是这样。如果在直接询问中没有提到能不能看见，对方也没有提出异议，这份证词仍然有可能受到攻击。如果在交叉询问中逐渐发现这个证人没有一手经验，那么仍然可以攻击这份证词。

一手经验的要求并不仅仅是对禁止使用传闻证据规则的重申。作证说出不允许说的意见证据也违反了这条规则。但是传闻证据规则和意见证据规则似乎能很好地涵盖《联邦证据规则》第602条中的"个人感受"要求。那为什么还有这条单独的规则呢？也许最好的解释就是：为了在听到证词的实质内容之前按惯例先要求确立一手经验的事实基础。

下一个基本要点就是真实性。通过一条几乎完全正确的经验法则来理解这个要求是最好的方式：证据法中没有什么是理所当然的。如果你想证明签名就是由该名字所指的人自己签署的，或者证明打电话的人就是他在电话里自称的那个人，那么就需要更多的证据。

如何证明签名是真的、打电话的人就是电话里自称的那个人，稍后会谈到。这里的一些例子能够更概括地说明这个问题：确立物证的可采性事实基础时以及在其他某些情形中，有必要证明该物品就是它所指称的东西。通常这可以通过一连串合情合理的间接证据来证明——这个一定要证明。

接下来是关联性。在证明证人资格并且明确某个证据就是它所指称的东西之后，下面的步骤就是要说明这个证据有证明争议事实的理性倾向。当然，我们所使用的关联性一词的意义不仅仅是这个，我们还用关联性来描述证明价值和冲突利益之间的平衡（the evidentiary balancing where probative value is pitted against competing interests）。不过在这里只要考虑说明证据与案件有关系就足够了。

常见的错误之一是，在只需要确立可采性事实基础的时候你却走得太远。假设一起人身伤害案件的原告想要提交一张照片，那是她受伤6周后拍摄的腿伤照片。但是，（在这张照片被提交为证据之前）让证人作证说照片如何表明伤疤的大小或者如何说明暂时行动不便，这样的做法是错误的。

最佳证据规则是这份通用清单中的下一个要点。这个问题仅限于文件——在某些司法辖区也适用于照片和X光片。虽然有作者和法律改革人士多年来英勇地努力，要把这条规则的名称变成"原始文书要求"（original writing requirement），原来的名称还是坚持了下来，尽管它容易让人误解，因为它让人想到一种对任何争议事实可取得的最佳证据的笼统偏好。

关于最佳证据规则有三个重点需要记住。第一，它只适用于证明文件的内容。如果一个证人对某事实的一手经验碰巧也记录在文件之中，这一规则不能禁止这个证人作证。第二，在多数司法辖区中，让人高兴的是，这一规则不适用于案件的次要文件，只适用于那些与主要争点直接相关的文件。第三，最佳证据规则并不要求只能出示原件。如果对原始证据的去向给出了合理的解释，那么传来证据也可以被采纳。即使无法解释它的失踪，只要作证说明进行了彻底的搜寻，也使得传来证据可采。但是要注意，仅仅说明对方当事人持有原件还不够，还要在此前提出让对方出示原件的要求。

现在来谈谈排除规则中最难缠的部分：传闻证据。每当你出示在法庭之外作出的书面或口头的陈述作为证据时，你就必须准备好做到以下三点之一：

1. 说明其目的不是证明该庭外陈述的真实性；
2. 说明它是言语行为（verbal act，就像合同案件中表示要约和承诺的话语，诽谤案

中的诋毁别人的话语);

3. 确立传闻证据规则一项例外的所有事实基础。

传闻证据之后是各种可采性事实基础中要求的一些程序性先决条件。对质是其中最重要的一种。最常见的是,以此前矛盾的陈述(prior inconsistent statements)为理由弹劾证人时它是一个先决条件。对质还是以偏见证据为由弹劾证人的先决条件,除非偏见证据几乎是毫无疑问的,比如证人是一方当事人的亲属。

攻击通常出现在品格证据的可采性事实基础中。举例来说,通常只有当证人遭到弹劾之后,或者至少提出他最近说过的谎话攻击他的可信度之后,前后一致的陈述(prior consistent statements)才可以被采纳。当然,这不是提出一致陈述的一方所做的事,它必须由另一方作出。另外,把它看作可采性事实基础的一部分会有所帮助,因为如果没有它的话,证据受到质疑就不能被采纳。这意味着准备提出前后一致陈述的一方必须做好准备识别能够触发该陈述可采性的对方行为。

通知也可以是一个事实基础的要求。要求对方出示原始文书是与通知相似的常见法律要求。《联邦证据规则》中有两个重要的通知要求。第一个在第 807 条中,它要求,在使用不符合其他例外规定的"可靠"传闻证据时要提前发出通知。第二个在第 609 条中,它要求,在提交 10 年以前有罪判决作为证据时应当提前发出通知。

通用清单的最后一条是魔法咒语。你在完成提交实物证据或者确立事实基础的这些步骤时常常要用到一些特殊的术语。虽然这些话语不需要说得像"蝾螈之眼青蛙趾"之类的咒语那样分毫不差,但是它们仍然有其特殊的价值。它们标志着正在确立一项特有的事实基础。法官们习惯了听到这些魔法咒语并且按照它们来行事,但州与州之间(甚至法庭与法庭之间)存在细微的差别。充分利用这种通过训练得来的习惯性行为通常是明智的。

例如,你为一张照片确立可采性的事实基础时,按惯例要问证人它是不是本案中某个重要事物的"公平准确的再现"。沿袭惯常的说法,它以一种几乎总是被允许的方式文雅地提示证人。你甚至会希望,如伊利诺伊州马顿市的哈兰·赫勒在美国国家初审辩护学会(National Institute for Trial Advocacy)的最近一次会议上提议,要扩展我们通常使用的赘言(redundancy):"请你告诉我们,这张照片是不是你所见到的街角的真实、公平、准确、完整的表现?"没有人会抱怨你在这句话里添加了"真实"和"完整",而它们确实使这个事实基础给人们的印象更加深刻。

这并不是说只有一种方式来表达。密苏里大学堪萨斯分校的詹姆斯·W·琼斯(James W. Jeans)喜欢不去使用华丽辞藻而是问:"在碰撞之后你的车看起来是不是这样的?"

看过这份通用清单之后,你就会明白它如何适用于某些常见的证据可采性事实基础了。

照 片

与有些律师认为的正好相反,没有必要让摄影者为照片确立事实基础。实际上,传唤摄影者作证往往会插入一些不必要的照片拍摄细节——相机和镜头的选择,胶卷和快门速度,显影、放大和晒印技术——所有这些只会削弱事实基础,因为它要么把陪审员弄糊涂了,要么更糟糕,让他们产生不必要的怀疑。

当然,如果照片的完整性(integrity)受到严重质疑,那么传唤摄影师作证就是非常合适的。此外,如果你真的认为照片会受到严重的攻击,那么事先确立专家事实基础

(lay an expert foundation) 很可能胜过事后补救。

但这些情形都不常见。普通案件——日常审判工作中会出现的那种案件——里头，任何熟悉照片中拍摄内容的证人应该都能够提供合适的事实基础。

浏览一下事实基础的基本列表，有五点需要涵盖：证人资格、真实性、关联性、最佳证据规则和魔法咒语。

假设我们有一件简单的房屋租赁案子。租户声称自己被公用楼梯上一级松动的台阶绊倒了。住在同一栋楼的邻居站在证人席上。

问：你在加德纳公寓住了多久了，伦道夫太太？

答：两年。

问：你有没有用过公寓背后通往巷子的楼梯？

答：用过，我几乎每天都用。

问：你是否熟悉去年8月12日那天楼梯的情况？

答：熟悉。

问：我请记录员（或者书记员）把这个标记为原告的实物证据以供辨认。

记录员：这个被标记为原告的第7号实物证据。

问：谢谢。律师（把实物证据拿给被告律师看）。现在，伦道夫太太，我把标记为原告方第7号实物证据的物品拿给你辨认，请你仔细看看。你能不能告诉我们它是什么？

答：可以。这是加德纳公寓背后楼梯的照片。

问：伦道夫太太，把你的注意力再次转向去年8月12日的楼梯，你能不能告诉我们，原告第7号实物证据是不是当时楼梯样子的公平、准确的表现？

答：可以。是的，我应该说它是那样的。

问：谢谢你，伦道夫太太。法官大人（把实物证据递给法官），我们将标记为原告第7号实物证据以供辨认的物品提交为证据，并请求您允许我们向陪审团出示它的放大相片，以便他们能够在伦道夫太太作证时看着它。

这是一个充分的事实基础。它要花多长时间？两三分钟，肯定不会更长。

它有没有满足清单中的五点要求？最开始的几个问题解决了证人对相关场景的熟悉程度，于是涵盖了证人资格和部分关联性问题。接着证人仔细查看照片并告诉陪审团它上面是什么。这个和（同时帮助完成关联性证明链的）魔法咒语证明了它的真实性。唯一剩下的问题是最佳证据——这个问题被回避了，在它成为证据之前没有问到任何描述照片内容的问题。

地图和图表

使用于照片的魔法咒语“公平准确”在有些实物证据上就是不能用。素描、模型、图表、地图以及所有此类专门准备的示意证据往往属于不完整、不准确的一个类别，但是也许在帮助陪审团理解整个案件方面完全公正并且非常有用。

这些实物证据的可采性事实基础与照片非常相似，它也要用到清单中相同的要点。不同之处是魔法咒语变了。现在问题应当是该实物证据的“准确性是否足以向陪审团阐明”证人证言。很显然答案是肯定的，尤其是在该实物证据是由证人制作出来的情况下。

有的律师喜欢问该实物证据是否能够“帮助陪审团理解”证人证言。另外一些律师避免这样问，理由是表明陪审团理解某事时需要帮助会不必要地降低了陪审团的身份——这

个想法很可能把一种有益的顾虑过于夸大了。

物　证

虽然我们喜欢看实物证据，它们能表现现场、解释事件或者展示物品，但是我们知道人人都着迷于那些真实的物品——穿透被害人心脏的那颗子弹、捆绑住那个散了架的箱子的绳子、导致飞机起落架无法活动的结晶金属臂。这就是物证。

提交物证的时候，事实基础清单中的要点和示意证据是相同的，除了一点以外：最佳证据不再成为问题，甚至连理论问题都不是，因为在此不可能存在试图证明文书内容的情形。不过此时涉及其他问题。根据案件类型和实物证据重要性的不同，有更多的证据需要满足真实性和关联性的要求。我们通过证明保管链来满足这些额外的要求。

保管链的确立需要证明物品是从谁的手里拿出来的，从有关时间起接下来由谁保管，并且该物品与最初拿到的时候处于相同的状态。

当这个物品很好辨认并且不容易被损坏时，大部分法院都愿意放宽要求，不必说明详细的保管链。但是，物品的性质对案件起关键作用的时候，像出售违禁麻醉品的公诉案件，就需要说明保管链的每一个细节。

如果不能确立保管链那会怎么样？并不一定就是一切都完了。法庭有权将该物品采纳为示意证据，它可以用作说明证人证言的模型。在这种情况下，有必要澄清这件物品不再作为物品本身而提交。

电话通话

基本的基础事实清单再一次为确立合适的事实基础提供了方法。证人必须具备资格，通话必须被证明是真实的，它必须具备关联性，而且传闻证据的问题必须要弄清楚。

很显然，核心问题是真实性。真实性一般通过间接证据（circumstantial evidence）来确立，实际上就是任何一种合情合理的间接证据链。

第一种情况是证人已经很熟悉电话那头的声音，这个就足够了。如果电话那头的人知道只有某个特定的人才会知道的事实，这可能也够了。（*Gutowsky v. Halliburton Oil Well Cementing Co.*，287 P. 2d 204（Okla. 1955）；另见 *Smithers v. Light*，305 Pa. 141，157 A. 489（1931）。）

当然也有其他的方法，比如拨打电话簿中的号码，接电话的人称自己就是那个人，或者按照正确的地址寄出信件后收到对方回复该信件的电话。

信　函

和电话通话一样，通过邮件收到的文书特别提出真实性的问题，这通常可以比较轻松地解决。也许证明一封商业信函为真的最常见的方法是说明收件人熟悉上面的签字，或者说明它是对其他通讯方式的回复并且收到时没有不当延误。（*Winel v. United States*，365 F. 2d 646（8th Cir. 1966）.）

整项任务可以在很短的时间内完成。假设一起合同纠纷案的被告人站在证人席上，他的律师想要提交一封信函，他相信这是原告寄出的信。被告人已经作证说明他和原告通过电话。

问：你在4月19日打电话给罗宾森先生发出要约以1.5万美元的价格出售印刷机，此后你有没有收到他的任何消息？

答：收到了。大概一周之后我收到他的来信，说……

问：请原谅，布拉特纳先生，但是在你告诉我们你收到的信的内容之前，必须要先将它提交为证据。法官大人，我们请求记录员把这个标记为被告的实物证据以供辨认。

记录员：这个将被标识为被告的第G号实物证据。

问：谢谢你。我给了原告律师一份标识为被告方第G号实物证据的复印件。布拉特纳先生，我把被告方第G号实物证据拿给你辨认，请你仔细看看，你能不能认出它？

答：能，这是一封我收到的信。

问：通过邮件？

答：是的。

问：你记不记得是什么时候收到的？

答：记得，大概是我打电话给约翰·罗宾森之后的一星期到10天左右。让我想想，那应该是4月27日或者28日。

问：不谈信中的细节内容，你能不能告诉我们这封信有没有对你在电话中给罗宾森先生发出的要约进行回复？

答：有，它回复了。

问：你能不能告诉我们信上写的日期是哪天？

答：可以，上面的日期是4月24日。

问：请问信末的名字是谁？

答：约翰·罗宾森。

你明白了吧，这足以证明这封信的真实性，即使收信人从未看见发信人在上面签字，从未见过发信人签字的其他任何信件，甚至从未亲眼见过他。

信函的复印件

信函的复印件比信函本身稍麻烦一些。这种案件每天都出现。原告向被告保险公司投了保，但是，被告自称没能及时支付保险费。似乎总能发生的是，解约生效刚刚两天，他的车就被彻底撞坏了。原告坚持认为自己从未收到过任何通知，被告的工作就是要将信函的复印件提交为证据。

回到那份清单就能再次找到答案。证人资格和真实性可能不是很难。证人（被告保险公司的职员）会很轻松地说出，这是她签署的一封信函的复印件，专门寄给原告的。

但是相关性会更麻烦。证人签署了信函也没什么区别，除非有证据证明信函寄给原告了（由此可以推断出原告收到了）。答案又是间接证据，这一次是通过业务习惯和惯例来证明。

证人不知道信函有没有实际寄出，她每天要签署几百份这样的信函。但是她可以作证说明处理外发函件的例行工作。

在有些司法辖区，这还不够，还必须要有“补强”，通常是证人作证说明这封信函寄出的当天没有理由不遵守已经形成的惯例。谢天谢地，增加的这一点微不足道的东西被《联邦证据规则》第406条去掉了。

因为复印件被提交为证据，文书的内容成为需要讨论的问题，于是最佳证据规则又来

了，还带来了一个有趣的小问题。该规则要求出示原件，或者解释为什么没有出示原件。声明原件在对方当事人手中还不够，还要要求对方出示原件。（*Padgett v. Brezner*，359 S. W. 2d 416（Mo. App. 1962）.）但是如果原告在起诉书中声称自己从未收到过原件，这个问题似乎就可以解决了。

最后，传闻证据在这里不是问题，因为这份信函是言语行为，其目的是确定当事人之间的权利。

业务记录

现在来看看让刚入行的商务诉讼律师最讨厌的证据——业务记录。如若处理不当，可能需要经历痛苦的半个小时左右的时间才能把它们提交为证据。但是，如果从业务记录制定法和通用列表出发把所有的事实基础都确立，完成整个任务只需要不到五分钟的庭审时间。

首先是制定法本身。许多还没有采用《联邦证据规则》中该条规定的州，它们的制定法与此前的《联邦业务记录证据法》（Federal Business Records as Evidence Statute，28 U. S. C. § 1732（a））非常相似：

在美利坚合众国任何法庭和任何依照《国会法》（Act of Congress）出庭成立的法庭内，作为任何行为、交易、事故或者事件的备忘或者记录而制作的，任何以账簿条目或其他形式存在的文书或者记录，如果在正常的交易过程中作出，并且，在此类行为、交易、事故或者事件发生之时或者在此后合理的时间内，制作这种备忘或者记录是此类业务的正常程序，那么应当被采纳为此类行为、交易、事故或者事件的证据。

所有制作此类文书或记录的其他情况，包括录入者或者记录者缺乏亲身经历的情形，可以被出示以影响其证明力，但是这种情况不会影响其可采性。

把这条制定法的要点分解出来后，它要求：

1. 文书或者记录；
2. 一个行为、交易、事故或者事件的；
3. 在业务的正常程序中制作的（定期进行的记录）；
4. 在业务的正常程序中来制作记录（必须与业务相关）；
5. 在事件发生时或发生后合理的时间内制作此类记录是业务惯例。

现在再回到通用列表。证人需要具备资格才能作证说明制定法中要求的这些要点。可能发生的情况是，单个证人不能完成（no single witness can do this），但是在通常情况下，一个经过适当准备的证人应该足够熟悉业务惯例，以确立整个事实基础。

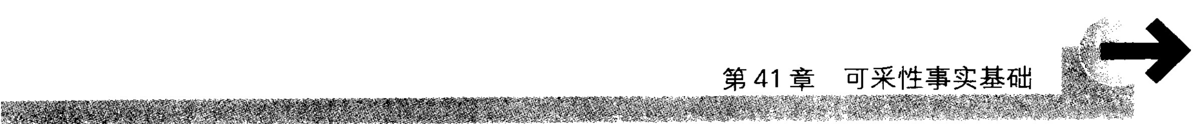
在各个业务记录法出现之前，普通法规则要求每一个参与制作业务记录的人都作证，或者确立证人不能出庭作证的正当理由（establish the unavailability of witness）。业务记录法显然是为了消除这种不经济的形式主义。

然而，许多业务记录制定法，和《联邦证据规则》第 806（6）条一样，明确规定整个事实基础可以通过“保管人或其他有资格的证人”来确立。

接下来的一点是真实性，证人当然必须能够说明这份实物证据就是谈到的那份记录。

关联性从来都是一项要求。记录的重要性通常都是显而易见的，但是偶尔也需要额外说几句证言或者甚至需要另一个证人来把它和案件联系起来。

最佳证据规则起先可能会让你犹豫不决。记录的记录怎么处理呢？是不是必须提供原始销售小票或者标记呢？很幸运，不用提供。记录的记录——只要他们满足制定法的要



求——就可以被采纳。(See e. g. , *Garves v. Garvin*, 272 F. 2d 924 (4th Cir. 1959) .) 有些制定法走得更远，明确认可摄影、静电复印、缩微拍摄等其他精确的复制件。而且，根据《联邦证据规则》第1003条，复制件（比如影印副本）可采纳的条件与原件相同，除非对原件的真实性确实存在疑问，或者有其他理由说明采纳复制件将是不公平的。

下一个问题是传闻证据规则。业务记录制定法为传闻证据规则规定了一条例外，但是仅仅针对整个记录而言。如果在传闻之中还存在传闻，就像记录当中包含某个与交易无关的人作出的陈述，那这就是另一个问题了。业务记录也许足以证明那个人作出了陈述，但是传闻证据规则的其他例外规定要求证明这个陈述是真实的。参见"约翰逊诉卢兹案"(*Johnson v. Lutz*, 253 N. Y. 124, 170 N. E. 517 (1930))，其要求有"业务职责"才能在警署记录中记下报案情况；"凯利诉沃塞曼案"(*Kelly v. Wasserman*, 5N. Y. 2d, 425, 158 N. E. 2d 241, 185 N. Y. S. 2d 538 (1959) 中，陈述被确认为在对方当事人的自认时，可以采纳没有任何"报告职责"的人作出的陈述。最后是意见证据问题，尤其是包含医生诊断的病历。在这个问题上各州的规定差别较大，但是似乎都朝着《联邦证据规则》第803(6) 条规定的立场靠拢，明确规定采纳"行为、事件、条件、意见或者诊断"的证据。

《联邦证据规则》中关于业务记录的规定——现在是多数州采用的规定——在第35章"业务记录"中详细讨论。

非专业意见

讨论完业务记录之后，非专业意见就简单了。事实基础基本清单中的要点是确立证人的作证资格。

按惯例有一大堆非专业意见可以采纳。它们包括对速度、时间、距离、重量和大小、精神正常程度、清醒程度等其他问题的推测（《联邦证据规则》第701条的说法），它们合理地建立在证人的感观上，并且对事实调查者 (finder of fact) 有所帮助。

理解了这些后，首要的事实基础是证人有足够的机会来观察该事物才形成自己的意见。

假设你有一个证人，他准备作证说原告在关键的时候喝醉了。有两种解决这个问题的方法。第一种是简略方法：

问：你有多长时间能够看到原告，雷诺兹先生？
答：哦，大概有四五分钟。
问：你能不能看出他处于什么样的状态？
答：能。
问：什么状态？
答：他看起来是喝醉了。

此时，你可以准备继续其他的问题了，希望交叉询问者会不小心让证人说出更多的细节。如果你觉得对手不会进行这种毫无技巧的交叉询问，那么你也许会希望在确立事实基础时提到更多的细节。

问：你有多长时间能够看到原告，雷诺兹先生？
答：哦，大概有四五分钟。
问：你能不能看到他是怎么走路的？
答：能。

问：他是怎么走的？

答：不是很稳，他跌跌撞撞、步履蹒跚。

问：他看上去怎么样？

答：发红，应该说是充血吧，我想。

问：你有没有听到他说话？

答：听到了。

问：他是怎么说话的？

答：嗯，他说话嘟嘟囔囔、含糊不清。

问：你能不能听懂他说的话？

答：不大懂，都是些只言片语，互不搭界。

问：你能不能记起来他说了些什么？

答：不行，不大记得起来，不，他说的话都没有逻辑。

问：你能不能闻到他身上的味道？

答：可以。

问：闻起来像什么？

答：酒精。像是喝了酒。

问：从这些情况来看，你能不能判断出他处于什么状态？

答：能，应该说他喝醉了，几乎是烂醉如泥。

这种快速（但是更完整）的事实基础的好处就在于它让最终结论给人的印象更加深刻。你问最后一个问题的时候，陪审团早已得出原告喝醉了的结论。

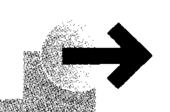
不过，使用这种战略的时候存在一种风险。如果你做得太过了——尤其是花的时间太长时——你可能会碰到对方提出异议，说陪审员们自己能够很好地得出结论，而不需要非专业意见的帮助。换句话说，过于完整的事实基础会导致争议，认为非专业意见对陪审团不再有用了。

对此也存在有效的回应。一种是既然原告可能很好地论证了是其他原因导致了这种情形，那么证人的意见对陪审团仍然有用。另一种吸引眼球的回答是说："法官大人，如果我将原告律师意思理解为，根据证人的证言，任何陪审团能够得出的唯一合理的结论是原告喝醉了，那么我会很乐意收回我的问题。否则，法官大人，我想他们有权听到证人的意见。"但是要注意，你也不希望你的回答显得过于圆滑吧。

此前矛盾的陈述

几年前俄勒冈州进行了一项调查，想知道陪审员们在审判中最喜欢什么。结果令人难忘。让人觉得最有趣的是，至少对俄勒冈州陪审员们来说，不是最后陈述、难忘的示意证据或者耀眼的专家证人，他们最喜欢的是看着一个证人被此前矛盾的陈述弹劾时坐立不安的样子。

这显然意味着值得把这件事做好，这也意味着你必须再一次回到基本清单上来。证人资格不再是问题，不过，如果此前矛盾的陈述是书面形式的话，真实性和最佳证据规则问题也许会很重要。但是，只要你还记得一方当事人作出的任何此前矛盾陈述都是自认，并且提交其他此前矛盾的陈述不是为了证明它们的真实性，而只是为了弹劾证人的话，那么传闻证据的问题已经得到了处理。



《联邦证据规则》第801条改变了这一点，它使得此前矛盾的陈述不再是传闻证据，而是可以为了证明其内容的真实性而被采纳的证据，条件是它们是在宣誓后作出，并且受制于审判、听审、其他程序或者庭前附誓陈述中伪证罪的惩罚。

核心的事实基础是对质，根据卡罗琳女王案（*Queen Caroline's Case*，2 Brod. & Bing 284，313，129 Eng. Rep. 976，(1982)）中的规则，要提交此前矛盾的书面或口头陈述，证人必须首先就此前陈述的细节进行对质（confront with particularity）。换句话说，必须提醒证人想起作出此前矛盾陈述的时间、地点和情景，然后再问他是否作出了这个陈述。只有证人否认作出陈述之后，才能用外部证据——意即不经过交叉询问的证据（evidence outside the cross-examination）——来证实。并且，如果陈述是书面形式的，必须向证人出示该文书并且要给他时间阅读。

只有英国人的公正感才会创造出这个规则，只有美国人的学术成就感（sense of scholarship）才会导致这个规则在美国被采纳，而这主要发生在1854年英国议会废除该规则之后。(17 and 18 vict.，c. 125，§ 24 (1854).)

这个规则的难点很明显：如果交叉询问人实际上必须说："听着，你在出庭作证之前所说的话不是这样的，我现在给你机会想出一个合理的解释，然后再向陪审团出示你说过的话"，那么他怎么能让这个证人坐立不安呢？

答案在于两个词：保证（commit）和对质。先让证人不可反悔地保证他在证人席上说出的话，然后用此前矛盾的陈述和他对质。

如何进行对质很重要，建议最好能清楚、坚定、全面地进行。必须提醒证人想起作出陈述的时间、地点、情景以及当时在场的还有其他哪些人。接下来，如果此前矛盾的陈述是书面的，你可以首先引导证人想起作出陈述的日期，让他承认文书末尾是他的签名，从而证实它的真实性，然后再请他大声宣读该陈述。

最后，一些值得遵循的普适性建议：

- 避免在开庭审判时确立事实基础，通过庭前会议要求、合意或者要求自认来提前解决这些问题。弹劾的材料应该留到审判中使用。
- 所有事实基础的确立要快速、简洁、完整。
- 使用魔法咒语。
- 清单是非常重要的。虽然照着写好的问题念出来通常是错的——除了问专家证人的假定可能性以外——但是事先把事实基础写下来总比证据被排除要好。
- 不要试图从任何一个证人那里得到太多的信息，如果从一个证人身上确立整个基础事实花的时间太长的话，就用两个证人来做。
- 事实基础完整的确立之后再提交证据。当然在有些例外情形中你必须事后再接着做。
- 如果你答应事后再接着做的话，就要做到。如果没有做到，证据就会受到证据去除动议（motion to strike）的攻击。

第 42 章 确立可采性事实基础的习惯

亲爱的安格斯：

我被上周的庭审弄得焦头烂额，所以写信给你，看看你有没有什么办法帮我解围。

这是一件合同纠纷案。我是原告的代理人，原告是福德喜——本地一家信封制造商，它的特殊胶水供应完全依赖于“粘得快”——全国著名的粘胶生产公司。

原本一切都很正常，但是“粘得快”突然切断了新的胶水供应，声称由于生产线故障，它在 18 个多月内无法再生产这种胶水了。

这对福德喜的影响是毁灭性的，我代理他们向联邦法院起诉“粘得快”。

证据开示的过程中，我收集了迈拉·霍尔特的庭前附誓陈述，这个证人和案件没有什么关联，只是她曾经和被告人的销售经理马丁·怀尔德通过一次电话。

霍尔特女士作证说怀尔德吹嘘“粘得快”是如何知道他们几乎让福德喜关门，但是那“只不过是一个明智的商业决定，一年半之内不生产这种特殊的胶水”。怀尔德说“粘得快”需要使用生产胶水的关键原料来生产一种新型发泡塑料，它们已经开始投入生产并销往全国。

对于我对电话内容的提问和霍尔特女士的回答，被告都没有提出异议。

这份证言很重要，尽管开庭前迈拉·霍尔特在一次洞穴探险运动中不幸意外身亡，但我把证言都固定在庭前附誓陈述里了。

或者说，我是这么认为的。

但是我在庭审中提交霍尔特女士的庭前附誓陈述时，被告提出了异议，说我没有为怀尔德说的话确立正当的事实基础。我忘了问霍尔特女士她怎么知道电话那端的人就是马丁·怀尔德了。

我说被告在收集庭前附誓陈述的时候没有提出异议，因此已经放弃了权利。

但是马德拉克法官裁定认为，因为我们达成合意保留除了针对提问形式以外的其他所有异议，所以这个异议没有被放弃，因此被告可以现在提出来。然后他支持了被告的异议，把证据排除在外。

陪审团评议回来后作出了有利于被告的判决，我简直要发狂了。

我认为这个裁定没有道理。马德拉克法官是对的吗，还是被告实际上已经放弃了异议权？

斯登于西雅图

亲爱的斯登：

你不是第一个掉进隐藏在“常规的诉讼契约”（usual stipulation）背后的事实基础陷阱里的人。这些合意通常改变了一项重要的规则，使得等你发现问题时已经太迟了。

根据《联邦民事诉讼规则》，你可以不必对庭前宣誓作证提出异议，除非异议的理由可能“到时候就消除或者消失了”。

如果它是可以在庭前宣誓作证时就被处理好的问题，但是你没有提出异议，那么它就被放弃了。除此以外的其他一切，你都可以等到庭审中出现问题时再提出异议。

由于说明迈拉·霍尔特知道她在和马丁·怀尔德通电话的事实基础看上去很容易在当时就被修正，因此在庭前宣誓作证时没有提出异议，根据《联邦民事诉讼规则》似乎就已经弃权了。

但问题是，你不仅仅是依据《联邦民事诉讼规则》，你们达成合意只有针对提问形式的异议当时没有提出的话才会被弃权，其他所有异议都可以留到庭审中提出。

既然缺乏事实基础不仅仅是形式的问题，那么没有在庭前宣誓作证时提出异议就不算是弃权了。

看起来这点差别形成了一个狡猾的陷阱，很容易让你猝不及防。

要记住《联邦民事诉讼规则》和典型合意之间的区别，你要这样来看待它们：《联邦民事诉讼规则》撒的网更大。当时能否处理好的标准包括任何我能想到的“形式”问题以及任何能纠正的问题，比如提供普通的事实基础。但是，常规合意只涉及形式问题。

这时你可能对自己说：“即使在严格意义上这不是形式问题，所发生的事情仍然不公平。被告本应该提出异议，我本会确立合适的事实基础，这个证据本来可以被采纳，整个过程本可以在不到一分钟的时间内处理好。”

就这句话而言并没有错。可是，问题是你的对手没有义务保证让你取得有用的庭前附誓陈述。

既然任何庭前附誓陈述最终都会变成庭上的证言，保护委托人（和你自己）最好的方法是从另一个方向来处理这个陷阱。你需要绕过这个圈套，不要指望对方提出异议，而是养成确立事实基础的习惯。

这就是指要自己确立事实基础。不要指望背景情境能够为你提供使关键证据可采的事实。认真地证明每份文件、每个签名、每次电话通话的真实性，为物证和示意证据确立合适的可采性事实基础。

对传闻证据规则的例外情形要特别留心，比如过去记录的回忆和业务记录。有时候庭前宣誓作证是你确立它们可采性的唯一机会。

要做的还有更多。养成习惯确立能够证明证人一手经验的事实基础，注意每次都要让证人说明亲自观察到的内容，这是非专业意见的依据。

要按照确立事实基础的习惯来进行——无论它是有利的庭前宣誓作证还是不利的——除非实际上你的策略是不让该证据进入庭审阶段。进行庭前宣誓作证的时候你要知道哪些证据是你希望被采纳的，哪些是你宁愿让它中途夭折的。

最后一句话，尽管你可以试试，但是总有一些事实基础你会漏掉。深谋远虑也会有不能预见之处，在庭前宣誓作证的压力之下很容易忽略微小的技术细节。

庭审中如果出现像刚才那样的疏忽，法官作出初步裁定后不要放弃，你时常也能找到其他的证人或者间接证据能够补充漏掉的事实基础，你就可以再试一试。

令人非常吃惊的是，作为可采性事实基础的事实本身不一定需要被采纳为证据。根据《联邦证据规则》第 104（a）条的规定，在决定是否确立适当的事实基础时，法官“不受除了拒绝作证权规则以外的其他证据规则的约束”。

安格斯

亲爱的安格斯：

上个月我经历了最令我沮丧的庭前宣誓作证。我恨不得马上就写信给你，但是我得等我拿到文字记录，而且我在那次经历之后花了好长的时间才平静下来。

我是一件用工歧视案原告的代理人，证人是被告的首席执行官。问题并不在于她很烦人或者讨人厌，恰恰相反，她的行为举止令人印象深刻——显然比我的行为举止更引人注目。她聪明能干、举止文雅——有时候甚至是和蔼可亲的——将近两天的时间里她成功地没有说出什么我事先不知道的东西。

每次我即将发掘出重要的事情时，她的记忆力就开始衰退。“律师，”她会说，“这是很久以前的事情了，我真的不记得当时发生了什么。我想关于这个问题你最好能看看我们的记录。”

然后她会转向她的律师，说：“你没有把那些文件交给这些人吗？”

当然，问题是这些记录太概括、太含糊，几乎没有什么用。于是我会试着用这些文件唤起她的记忆，但是她声称它们没有让她想起什么。

她说她想不起任何关键事实，她回避问题的能力真的让我很恼火。更重要的是，好像我越是努力想得到我要的东西，我就会做得越糟糕。

有什么办法吗？

博伊灵于比洛克西

亲爱的博伊灵：

我读了一些你寄给我的庭前附誓陈述，我给你三个建议。

首先，不要让蒙戈来收集你的庭前附誓陈述。

谁是蒙戈？

每个人都有他或她自己的蒙戈——他们内心的野蛮，掌管着生存的基本需要，像打斗、进食和逃跑。你走到哪蒙戈就走到哪，准备在危难的时候解救你——让你警惕突发危险，让你躲开飞驰的汽车而无须任何有意识的思考，让你脖子后面的毛发竖立起来，以此为信号让你不要相信某个人。

没有蒙戈的帮助你绝对不会活到现在。

然而，每个人在对付其内心的野蛮时会遇到很多的困难。蒙戈没有奇思妙想、没有幽默感、没有分寸感、没有开玩笑的能力。蒙戈只能通过打斗或者逃跑解决问题，任何事情都感情用事。

蒙戈完全没有策略，这在执业的过程中的确是一个问题。蒙戈这个人碰到不利的裁决时会恶狠狠地瞪着法官、把书本重重地摔在桌上。正是蒙戈会在取得庭前附誓陈述时对其他律师大喊大叫，或者在交叉询问中向证人抛去讽刺挖苦、争争吵吵的问题。

这次庭前附誓陈述是蒙戈收集的。

除了经历如搅动肠子般的内心挣扎和服用大剂量的镇静剂以外，还有一个办法可以阻止此类事情的发生。

蒙戈开始发怒并试图控制局面的时候你一定知道，这时你需要说：“蒙戈，她就是想让你发火。”蒙戈不想让对方得逞，就会开始冷静下来。

你会惊讶于这种方法多么有效。

其次，不要把“我不知道”或者“我不记得了”当成是答案。

每次证人声称她不知道或者记不起来的时候，让她回答这一系列问题——然后适当跟进。

你是不是曾经知道怎么回答这个问题？

你告诉谁了？

有没有什么东西能帮助你想起来？

你是否可能记下了关于这件事的备忘？

它会在哪儿呢？

有什么其他文件可能记有这个信息？

它们会在哪儿呢？

还有什么人可能知道问题的答案？

关于这个问题你听说了些什么？

谁可能会知道在哪里能找到这些信息？

如果你必须在明天早上找出问题的答案，你会去哪里找？

如果你必须在明天早上找出问题的答案，你会去问谁？

你是否清楚，如果你找到了答案或者想起它了，你有义务让我知道？（如果作出庭前附誓陈述的人不是案件当事人，告知的责任不会是法律义务，但是它仍然是一种道德上的义务。这最后一个问题和对它的回答真的可以动摇证人，他会在法庭上突然“想起”一些“被遗忘的事实”。）

关于这串问题有一点建议。参加庭前宣誓作证时真的把它们带在身边，并且用它来构建你的提问。如果你只是靠记忆提醒你的话，你会忘掉差不多一半，而且它的心理影响力将会失掉不少。

最后，不要告诉证人，到了他们应该忘记某些事情的时候了。

我相信你认为自己从未做过这种事情，那么再读一读你的庭前宣誓作证的记录，你会发现有多少次你就是这样做的，它们多么奏效。

你告诉证人应该忘记某事的方式是问她是否记得或者是否能想起它。下面是你提的几个问题：

问：现在，雷诺兹女士，我来问你一个问题。你记不记得1997年夏天你与本案原告开会时发生的一件事？

答：恐怕只有一点点印象了。这有些年头了。

问：你记得是哪天吗？

答：不记得了，很抱歉。这种细节问题我实在是不擅长，律师，我为此道歉。

问：嗯，那你记不记得你和原告在开会时讨论的话题呢？

答：不记得了，我真的很抱歉。这不是我能一直记住的那一类事情。

问：嗯，那我来问问其他的事情吧。你有没有碰巧记得……

这是怎么回事？

很显然这个证人被告知，如果她不能记住某件事的话，她就应该这么说。她甚至可能被交代过，不要太努力去想起有助于你案子的该死的信息——这是非常不道德的。

无论她有没有被交代过类似的事情，“忘记”是证人在法庭上和庭前宣誓作证中说谎时最常见的方法。

但是那不是她脑子里最重要的事情。她集中注意力听你的提问，尽力理解你的问题并尽力恰当地回答。

在你问她是否想起或者记得某件事从而提醒她之前，她并不记得去“忘记”某件事。

你不是唯一这样做的人，律师们在法庭上和庭前宣誓作证中总是这样做。



为什么？因为在回答真正的问题之前似乎必须要先确立一个事实基础。

但是并非如此。虽然从逻辑上讲，一个证人不必回答他记不住的内容，但是这个回忆并不一定要单独进行证明（be established independently）。

换句话说，虽然你应当养成确立事实基础的习惯，这样对你的提问的回答才会被采纳为证据，但是“你记不记得”和“你是否想起”不应当成为事实基础套件中的一部分。

它们是直接询问中凑数的话语，用来增加废话的数量。在庭前宣誓作证或者交叉询问中它们还提醒了证人，“忘记”也许是摆脱危险处境的最佳方式，所以这时它们会更糟糕。

除了你真的需要用“记得”、“回忆”和“想起”这些词的时候以外，如果你完全不使用它们，那么你的庭前宣誓作证就会好一些。

安格斯

第43章 有效的异议

赢得法官对异议裁定的时机，在初审开庭审理的过程中，甚至可以是在此之前——而不在上诉审理过程中。

为什么这么说呢？因为，就算是那些错误的证据裁定非常明显，上诉法院也经常会认为那是“无害错误”——除非你能够让他们相信，这个不公平的裁定很有可能会影响审判结果。只有当裁定错到令人无法容忍的时候，或者说该证据触及某个敏感的宪法问题时，你才有机会翻案，因为初审法官对你提出的证据方面的异议作出了不当的裁定。

但是这不意味着你不应该把这些记录下来。恰恰相反，因为有时候那是你唯一可以把握的机会（尤其是初审法官故意给你制造麻烦时）。只不过，别对上诉抱有太大的希望。

也就是说，赢得异议裁定的时机在于初审阶段。就看你怎么做了，那将关系到全局。以下是将对你有所帮助的一些指导方针。

1. 及时

提出异议的理由一旦出现，那就应当提出异议。通常情况下，这是指对方提出不当问题之后、证人做出回答之前，就要提出异议。如果你等到证人回答问题之后才提出异议，那么多数法官会认为你已经放弃了这项权利。

不过那也不是绝对的。因为有时候问题并无不妥，只是回答不当。那么只有等法官和陪审团听到证人的回答后，异议的理由才出现。如果法官误以为你放弃了权利，正确的做法是有礼貌地提醒：“对方提出的问题没有什么不妥，法官大人。但是证人的回答不大合适。”

2. 站起来提出异议

毕竟你是在对法官说话。虽然有些法官不会在乎你是否起立，但是很多法官还是会介意的。有些法官坚决要求你站起身来，如果你不起立，他们就会假装没有听见。再说起立也不会带来什么风险。就算是在无陪审团审理的案件中，也几乎不会有法官会跟你说你可以坐着说话。那么，在陪审团审理的案件中，站起身来说话可以显示出你对这种制度的尊重，他们也期望你尊重这种制度。

站起来的真正好处在于，你将因此而控制整个法庭。当你双腿笔直地站起身来（仅仅抬起屁股离椅子两三寸远的话，看起来你非常不确定自己说的话是否正确），用沉稳而清晰的声音说话时，整个法庭会认真地倾听。

3. 向法官提出异议——不是向对方律师

朝着法官说话，不要朝着对方律师，甚至连看都不要看他。遵守这条规则有三个很好

的理由：

第一，这是法律的规定。是法官裁定你提出的异议，不是对方律师（谢天谢地）。并且法官不喜欢你在开庭的过程中直接与对方律师交谈。整个过程就像是一个倒置的“V”字，法官处于顶端，双方律师处于底部。所有与对方的交流都要通过法官来进行。如果开庭时你需要与对方律师直接交流，礼貌的做法是先征得法官的许可。

向法官提出异议，不要向对方律师提出异议的第二个理由是防止争吵。如果因为你直接向对方律师提出异议而导致双方发生口角，就算你的异议完全合理，法官和陪审团也会认为是你先挑起事端的。

第三，直接向对手提出异议，似乎就承认了他/她的立场的正当性，你根本就不需要这样做。(tends to validate his or her position more than you need to.)

4. 简单直接

律师们提出的很多异议中，存在着非常多的犹豫不决、闪烁其词、语言重复和彻底混乱，而这些都是多余的。

“法官大人，我认为这里可以提出异议。”

“感谢你能说出自己的想法，”法官会这样想，“你到底是提出异议，还是作个评论让大家消遣一下？”

“反对，法官大人，这是传闻证据吧？”

“你为什么问我啊？”法官想，“难道要我告诉你要不要提出异议吗？”

“我打算要提出异议，法官大人。”

“提出来的时候再告诉我吧。”法官想。

不要这么有创意地闪烁其词，你只需要说“反对，法官大人”，然后停顿半秒钟——就半秒钟。

如果法官马上说“反对有效”，那么你就不要再多说什么了。因为在这一点上你已经赢了。

但是如果法官犹豫不决，那么你就要能够阐明异议的理由——用令人信服的理由来阐述——在五秒钟以内完成。

很难办到吗？当然了，不过你会学会如何做到。继续往下看吧。

5. 明确具体

你只说了一句“反对”之后法官支持了你，那你就不需要再给出任何反对的理由。并且，如果对方后来上诉的话，你就可以使用任何一条合适的规则作为支持法官裁定的理由。

但是如果你只是说了“反对”，然后被驳回，那么你就没有为上诉留下足够的错误理由。(除非你真的走运，上诉法院说采纳这份不当的证据是“明显的错误”。) 异议被驳回的时候，只有有具体理由的异议才会被记录下来。《联邦证据规则》第 103（a）（1）条遵循了普通法的要求，被驳回的异议必须陈述确切的理由，除非从庭审记录的前后文中可以明显看出来。

换句话说，能否被记录下来，完全在于失败一方了。并且，不要指望庭审记录能够为你做什么，因为当你看冷冰冰的文字记录时，往往在审理过程中很明显的东西，也会显得模糊不清。



6. 尽可能在庭审前提出异议

有些律师不愿意在审前会议中处理证据问题，因为他们不想因此而指导对方律师。他们认为，如果在庭审过程中再提出异议，那么对手就来不及补救、来不及想出其他办法来证明这个问题了。

还有些律师只是不想在庭审前就盯住细枝末节的问题不放。

这两种理由都不充分。

与审前会议相比，法官会更容易在庭审中作出仓促的裁判。如果你要说明的问题不大好理解的话，那么最好在相对冷静的审前会议中解释为什么这份证据不可采。

在审理前提出异议更好的理由之一是，它可以避免当着陪审团的面进行法官席旁的私下会议。俄勒冈州波特兰市的联邦法官罗伯特·E·琼斯（Robert E. Jones）研究过陪审团的喜恶，他发现，无一例外，在整个庭审过程中陪审团最讨厌法官席旁的私下会议。

原因很好理解。所有的律师都围在法官席旁边，和法官你一句我一句地低声密谈。陪审员们知道这么做的目的是为了不让他们听到某份证据，因为其中有个律师认为这项证据太棘手，以陪审员的头脑难以把握这项证据。这样的做法已经很伤人自尊了，可是律师们和法官竟然好意思当着陪审团的面这么做——让陪审员体会到自己低人一等。这样来考虑：私下会议就是对陪审团活生生的不尊重。

这说明什么呢？尽可能在庭审前提出异议。

7. 准备备忘录

口头话语——稍纵即逝——不像书面文字那样具有持久的影响力，尤其是对律师和法官来说。

你正确地准备诉讼时，就会发现很多重要的地方你可以提出异议，而此时离庭审还有很长时间。

这是利用书面文字的好机会。无论你打算是在庭审中还是在审前会议中提出异议，你都要尽可能地使用简短备忘录来说明异议的理由。

这不是要你写一份 80 页的案件摘要。你要知道案件摘要是个矛盾的东西，它的作用和长度成反比，在某种程度上可以说，摘要越简短，力量越强大。

一份很长的摘要所传达的真实意思是：“这个问题很复杂，怎么解释都行。请给我一个有利的裁决，作为对我辛勤工作的回报吧。”

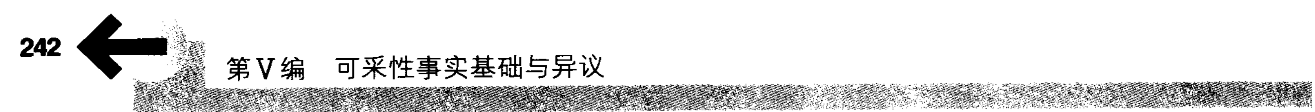
对主要事实的简短摘要所传达的意思是：“法律很清楚。就这样判吧。”

8. 每一个异议都要有意义

每次提出异议都是要付出一定代价的。你在陪审团那里的信用账户是有限的，每提出一次异议，你就少了一点可信度。每一次提出异议，你就是在说：“这个证据我不想让你知道。如果被你知道的话，我的案子就会减少一点胜算。”这是在审前会议中提出异议的另一个原因。这也是为什么你不应在庭审中提出异议的理由，除非你的收获大于你的损失。

但是，即使收获小于付出时我们也提出异议。很多律师频繁地提出异议。其中一个主要原因是我们所接受的法律教育。我们接受的教育是尽力找出并解决可能存在的问题。

但是办理案件不是法学院的考试。没有人会因为你找出了所有异议机会而给你加分。初审律师不是证据方面的交警，不必给每个不当的提问和回答开张罚单。



只在重要的地方提出异议，总的来说，只在你会得到支持时才提出异议。如果你不断地被驳回，这表示你不懂规则——对你在法官和陪审团那里的信用评级没有任何益处。

9. **长效异议**

尽管你对一系列问题提出了一次异议，但是若你没有继续提出异议，就等于放弃了对原本不可采的证据的异议权。

于是，你一方面不希望因为只提出一次异议而导致弃权，另一方面，又不想因为不断地站起来反对，而导致法官和陪审团对你不满。

那么你应该怎么做呢？

请求法官准许你提出长效异议（running objection），针对你想排除的那份证据的所有提问都有效。这样一来，你的异议得以被记录下来，而你又不会看起来像个小丑。

10. **让法官相信你是对的**

怎样才能让法官相信你呢？

首先问个更广泛的问题：怎样才能赢得每场法律辩论的胜利呢？

这不仅是法律的问题。

你肯定认识一些杰出的法学专家，不知什么缘故，他们好像没有说服人的能力——他们是法律技工，却不具备出庭辩护的能力。

这些专家不知道的到底是什么呢？

每个律师应该铭记在心：法律辩论的第一要务是，让法官和陪审团希望你胜诉；第二要务是，向他们说明，按照你提议的方式进行裁决的法律依据。

说到这儿，令人惊讶的是，现代法律教育基本上都忽视了首要任务——说服法官和陪审团；几乎将所有的时间花在第二任务上——处理错综复杂的法律证明问题。

虽然你可能要花几年时间来学习法学院没有教授的说服课程，但是有一点人人都应该知道：非正义比正义更具有推动力。非正义——不公平——会使人们热血沸腾。

异议也是这样的。在任何一场关于可采性的有意义的辩论中，异议者的首要工作就是，说明对方提供的证据是不公平的。毋庸置疑，有许多异议没有得到大家的认真对待——次要的形式问题、几乎没有什么关联的细节问题——通常无须真正的辩论就能处理它们。

但是，在主要问题上怎么样裁定都行得通的时候，反对者的首要工作就是说明该证据的不公平性。

注意，是“说明”——不是“说”——对方的做法不公平。它们之间的差别是很大的。

“说”是像这样——“法官大人，原告的行为完全是不公平的。甚至连最基本的证据规则都没有遵守。”

给人的印象：空洞而又装腔作势。

“说明”是像这样——“法官大人，他们要提交的这份文件，还没有被证明其内容是真实的，没有确立其真实性。”

给人的印象：对方完全是为了图省事，该证据是不可靠的。

如果你提出的异议说明了问题所在，它们会叙述一些事实以证明你的观点。但是，如果你提出的异议只是“说”对方不公平，它们只是给出了你个人的观点。（显然是你的委托人付钱让你这样说的。）



事实依据比个人观点更有说服力。“说”的罪过在于，它给人的感觉是你拿了钱才说这些事实，而不能让人体会到事实本身。

回过头再看前面提到的两个不同的异议。“说明”的那个例子中还有一点值得注意：异议的内容不仅说明提交证据的一方存在不公平，还向法官说明了哪一项规则——未经有效证实规则——是支持该异议的依据。这个异议在大约 5 秒的时间内完成了这件事，通常这是你能够争取的所有时间。

还有一点，如果你援引的证据规则是法律条文，那么在你提出异议时，应该指出是哪一条，这对你会很有帮助——但是别太夸张。

为什么呢？正如威斯康星州上诉法院法官拉尔夫·亚当·法恩（Ralph Adam Fine）所说，它所传达的信息是，你知道自己在说什么，因此许多法官都不会驳斥。“法官大人，这违反了第 106 条的规定——完整性规则。”

11. 提出异议时使用英语

律师们存在一个问题，一旦学会说法言法语——律师和法官使用的一种特殊语言——就会忘了怎么说英语。很大一部分原因要归结于我们的法律院校，它们没有教我们同时掌握两种语言——能够看懂法言法语，还要能够用英语向非法律专业的人们进行解释。

别忘了，这可是我们一生要做的事情。

提出异议这一部分比较特别，语言最平实的律师在提出异议时也会想要使用传统的法律术语。

“反对，这是传闻证据。”

“反对，法官大人，对方律师坚持要诱导证人。”

“这不是最佳证据，法官大人。”

没有哪条法律规定不能使用通俗的英语提出异议。事实上，也没有哪条法律规定你提出的异议不能让陪审团听明白——尽管你是说给法官听的。实际上这往往是个好主意。

问题在于，有些法官认为用平实易懂的语言提出来的异议是“讲演式的异议”(speaking objection)，所以他们会打断你，特别是你阐述观点的时间太长的时候。

解决的方法是了解法官——这样你就知道应当在多长时间内说完——并且要形成一套提出常用异议的方式，一方面能够将你的法律意见传递给法官，另一方面能够让陪审团明白你有充分的理由打断审理的进程。

如果你认为在 4～5 秒内要完成事情太多，那么确实是这样——不过那还是可以做到的。只有在出庭之前实际练习如何提出异议，你才能真正掌握。加利福尼亚州奥克兰市的约翰·伯吉斯（John Burgess）这样说：“没有法庭上的天才，只有法庭外的苦练。”

虽然你应该形成一套自己的语言表达方式，成为你个人出庭技巧的一个组成部分，但是还是有一些建议可以帮助你开始行动：

传闻证据——反对，法官大人。陪审团无法判断未出庭证人的可信性——这是传闻证据。

诱导——反对。她的问题是在告诉证人该如何回答。这是诱导，法官大人。

最佳证据——反对，法官大人。对方律师所说的文件根本没有在法庭上出示，这不公平。它不是最佳证据。

关联性——反对，这个证据与本案没有丝毫关联。我们能不能到法官席旁边去？

对最后一个异议简单地解释一下。针对关联性的异议，会导致需要当着陪审团的面来讨论这份证据为什么重要。虽然你想避免不必要的私下会议，但是对于你的异议，对方也



许会给出一个极具破坏性的回答，所以你要慎重地考虑请求法官同意进行私下会议。

12. 驳回时保持风度

不管你提出的异议多么合适，总会有很多被驳回。是不是很恼火？

当然！你会觉得坐在高高的法官席上的那个笨蛋，很可能证据法课程只得了个“C”，或者根本就没有上过这门课，他作出的没有原则的裁决对你的案子造成了实质性的破坏。

你会怎么做呢？

不要咆哮，不要做鬼脸，不要怒目圆睁，不要小声咕哝什么关于上诉法院的脏话，也不要说要把这件事情提交律师协会司法审查委员会处理。

不要摔书本、揉纸团，不要暴躁地提高音调。不要翻白眼、抬头看天以寻求上天的帮助，不要折断铅笔，也不要公然把法官的不公平裁决记录下来。

说起来简单，可是怎么才能不让自己做这些事情呢？

不要把这件事放在心上。

没错，不利的裁判不是人身攻击，它不是针对你个人的。它也不是对你能力和专业工作水平的评价。只有当你明白不利裁判不是针对你个人的，你才能够避免陷入愤怒。

保持冷静的话，要做些什么呢？

首先，要做记录。如果你提出了异议，而法官予以驳回，并且没有给你解释的机会，那么你有事做了。你要保证异议的理由被写进庭审记录中。只是说说是不够的，必须要写成文字记录才行。所以，如果你是在法官席旁的私下会议中提出的异议，那么就要确定法庭记录员也在那里。

其次，尽力再咬一口苹果。最好的做法之一是主动承担法官裁决的责任——这会保全法官的面子。“法官大人，能不能允许我解释一下？恐怕刚才我提出异议时没有很好地表述出来，但是这个问题非常重要。”

再次，如果你的异议对案件有决定性的影响，尽量拖延一下时间，这样你就可以再补充正确的规则、可适用的案例，甚至可以提交一份简短的备忘录。但是要记住，在庭审的过程中不要把法官淹没在长篇大论中。简短的备忘录拥有掌控大局的气势，而冗长的案件摘要法官可能看都不会看。

最后，你要抖擞精神，要知道这个裁决现在看起来似乎是在你的蒙娜丽莎脸上画胡子，但也许它实际上只是画了一颗美人痣。

第44章 庭前的陷阱

星期五晚上，安迪·隆德奎斯气愤地冲进公文包咖啡馆，眼睛里冒着怒火说道："安格斯，都是你的错！"

安格斯从眼镜框上方的空隙看看他，问道："发生什么事了？"

"如果不是你，我绝对不会首先提出那该死的庭前动议。这是我做过的最愚蠢的事。"

"我知道了，关于这件事肯定还有其他缘由。"安格斯说。

"是还有很多，但是全是因你提到庭前动议而起——让法官在开庭之前作出证据裁决，诸如此类的动议。"安迪说。

"庭前动议是很有用的，"安格斯说，"但是也有很多严格的限制。"

"是啊，刚才在艾里斯·雷丁法官的法庭上，我被那所谓的严格限制整得焦头烂额。"安迪说。

"到底怎么了？"

"雷丁法官指定我为一个被指控持械抢劫的人辩护，这个人4年前有一次入室盗窃的前科。"安迪说。

"所以我才提出庭前动议，如果被告人自己上证人席作证的话，就可以防止控诉方用入室盗窃的前科来弹劾他。坦白地讲，雷丁法官批准我的动议时，我很惊讶。而公诉人——'疯狗'莫里森——非常生气。"

"你是说查理·莫里森吗？"安格斯说。

"就是他，"安迪说，"他提交了一份陈辩书（brief），请求法官重新考虑，但是好像反而使法官更坚定了自己的裁决。所以当我把这个消息告诉被告人时，他非常兴奋。他还坚定说要出庭作证。"

"然后呢？"

"我在进行开庭陈述的时候，告诉陪审团说不要轻信控诉方的指控。我说被告人急切地想走上证人席作证，来告诉他们事实到底是怎样的。并且，我告诉他们要听完所有的证据以后再作出判断。"

"你向陪审团承诺被告人会出来作证？"安格斯说。

"是的，"安迪说，"我认为相对于陈词滥调来说，这是个重磅炸弹。"

"这样做也许会有很大的作用。"安格斯说，"但是这样肯定也束缚了你自己，除了特殊的案件以外，一般都不会承诺被告人亲自作证的。"

"我想我现在也发现这个问题了。"安迪说。

"那么，接下来呢？"

"今天控诉方举证完毕之后，我就传唤被告人作证。他还没来得及站起来宣誓，雷丁法官就把我和公诉人叫到了法官席旁边。她说她重新考虑了对我的动议的裁定之后，打算

批准控诉方就入室盗窃前科进行交叉询问。”

这时我加入了谈话：“她到底为什么要这样打击你呀——让你相信她的裁定，然后又在关键时刻把它抽走?”

“情形也可以比这更糟糕，”安格斯说，“法官也可以等到对被告人的直接询问完成后，再改变她的裁定。现在这样的话，安迪的委托人还有选择的余地——至少理论上是这样的。”

“我知道。”我说，“但是我还是很想知道法官为什么要这样做。”

“我也一直在想这个问题，”安迪说，“我不能确定，但是我觉得整件事情都是为了促成认罪协商（plea bargain)。”

“你怎么会这么认为呢?”我问。

“我觉得雷丁法官不喜欢审理刑事案件。”安迪说，“事实上，她当初批准我的动议时，就可能是在向莫里森施压，希望他能考虑认罪协商。”

“那奏效了吗?”我说。

“嗯，差不多吧，”安迪说，“莫里森看上去当时变得理智些了。不过这个裁定，让莫里森愿意达成认罪协商的同时，却让被告人认为他会被判无罪。可能因为被告人没有就较轻的罪名认罪，所以现在雷丁法官就惩罚他。”

“那么，雷丁法官改变裁定之后被告人仍然出庭作证了吗?”安格斯问。

安迪从踏进门槛以来第一次露出了笑容：“不，还没有。他说他还要仔细考虑下，所以我先传唤其他证人了。”

“这个主意不错。”我说。

“尽管庭前动议有很多好处，”安格斯说，“它还是会给你带来不少问题，这只是其中一个。”

我不再说话，而是开始做笔记。离专栏交稿日期只剩下一周时间了，我得写点东西来交差。以下是我的笔记。

首先，人们喜欢庭前动议有以下几个原因。第一个原因是庭前动议得到批准之后，为出庭进行的准备就简单多了。你可以知道某些关键证据会不会被采纳，这样你就能更好地组织论证、介绍案件事实、询问证人。

第二个原因在于预防。不该采纳的证据一旦被不当采纳，就没有办法挽救了，因为木已成舟，覆水难收。法官作出的警诫指示（cautionary instruction）不会起到真正的作用，它更像是著名的“不要去想粉红色的大象”的命令。（命令别人不要去想粉红色的大象，结果是接受命令的人首先想到的就是粉红色的大象。这个故事是说，人们不可能有意识地不去想某事。——译者注）警诫指示能够很好地让人把注意力都集中到不当的证据上。

第三个原因在于解决纠纷。许多案件在开庭陈述后，或者在主要证据被采纳后就结案了。即使是一个年轻而有冲劲的诉讼律师，法庭对庭前动议的裁定也会让她冷静下来仔细考虑自己的案子。

庭前动议不只是排除证据，认识到这点很有帮助。你也可以正面使用它——让法官裁定某项证据具有可采性。

可是接下来问题就来了。庭前动议的裁定：

由法官自由决定是否裁定；

可变更；

可以记录下来，也可以不记录下来；

可以成为上诉理由，也有可能不得成为上诉理由。

第一个问题是，法官会不会作出裁定。庭前动议的裁定由法官自由决定——这一点与开庭审理时完全相反。证人在庭审过程中作证而你提出异议时，法官必须作出裁定。

这倒不是说法官们都会尽力作出裁定。有些法官是逃避裁定的能手。

原告律师对证人：拉米雷斯小姐说了什么？

被告律师：反对，法官大人。

法官：理由？

被告律师：这是传闻证据，法官大人。

法官：原告方的回应？

原告律师：这不是为了证明其真实性，法官大人。

法官：好吧，我们往下进行吧。

但是即便如此，你也可以温和地向法官施加一点压力：

被告律师：对不起，法官大人。我没有听到你的裁定。

或者：法官大人，我们可以请您作出裁定吗？

但是，在庭前动议中，法官不一定非得作出裁定。许多的证据问题在审理前都像是错综复杂的谜团，但在审理过程中都可以比较轻松地解决。所以法官可能会把这些问题放在后面解决。

10到15年以前，庭前动议远不像今天这么普遍，这是另外一个问题。现如今，律师们会在开庭前夕提出大量的证据裁定动议，使法官不堪重负——这样一来法官肯定会等到庭审中提到这个证据问题时才作出裁定。

法官拒绝在庭前作出裁定，并不代表你非得等到对你不利的问题提出来之后才能发表异议。《联邦证据规则》第104（c）条规定，证人出庭作证之前，甚至在作证过程中，你可以当庭重新提出庭前动议。并且第104（d）条赋予了刑事案件被告人一项权利，可以在陪审团不出席的情况下要求法官就先决事项作出裁定：

“在任何情况下，关于供述可采性问题的听审应当在陪审团不出席之时进行。对于其他先决事项的听审，出于对司法有利的考虑，或者当被告人作为证人时提出此项请求时，也应当采用此种方式进行。”

第二个问题是庭前动议的裁定可以变更。

有些法官明确表示：“我批准原告的动议，排除此项证据。当然，如果原告的行为可以为该证据打开门的话，它就可以被采纳了。”

但是，法官作出的裁定听上去无论像是初步裁定还是终局裁定，都可以变更，因为实际情况会发生变化——庭审过程中，门有可能被打开，也有可能被关闭；新的争点会出现，原来的争点会消失。

这就是说，不能指望庭前动议的裁定。

第三个问题在于，庭前动议和法官的裁定不一定能够成为你提出异议的记录。

怎么会这样呢？

为了符合令人恼火的表面逻辑顺序，许多法庭坚持要求你必须在庭审过程中重新提出异议，否则视为放弃。

假设你提出庭前动议，要求排除一系列证词或者实物证据，法官驳回了你的动议。在庭审过程中，对方提交这些证据时你没有再次提出异议，因为你认为自己此前已经提出了异议，也不希望当着陪审团的面把这些证据再强调一遍。你对此证据的异议被记录下来了吗？

有些法院里，这样的异议就不会被记录下来。因为裁定可以变更，所以它不是最终裁定；因为它不是最终裁定，所以，即使在某份书面的审前决议中提到了你的异议，它也不会被记录下来。

但是另一些法院的做法完全相反。他们认为庭前裁定只要没有被变更，都是有效的。这样一来，如果你想再次提出异议的话，你就可以再提一次——作出最后的努力。如果你不想提，也就不必重新提出来。根据上述分析，在庭审过程中再次提出异议就像是对法庭已经作出的裁定表示反对——《联邦民事诉讼规则》第46条（以及大部分州法院的规则）规定，你不必再次提出异议。

那么，你该如何应对这个问题呢?

要么确定你所在的法院适用哪种规定，要么就在庭审过程中理所当然地重新提出异议。

第四个问题在于，庭前动议和法庭的裁定不一定能够成为上诉理由。在卢斯案（*Luce v. United States*，469U. S. 38（1984）.）中，被告人提出庭前动议，请求如果被告人出庭作证那么控诉方不得使用被告人的毒品犯罪前科来弹劾被告人。

法官驳回了这个动议。被告人见法官裁定证据可采，于是决定不出庭作证。但是，尽管被告方对此裁定做了记录，联邦最高法院仍然认定初审法庭的此项裁定不能成为上诉理由。

你会说，等一下，他们为什么那么做?

因为联邦最高法院认为，卢斯先生必须实际出庭作证，并且控诉方实际用前科来弹劾他——法院的裁定才可能对他造成损害。

如果你无法理解这个逻辑，那么你和许多人一样。刑事案件被告人要作出的一项重要决定就是是否亲自出庭作证。如果你有权请求法官作出裁定——但是你必须站到证人席上作证并且受到不当证据的攻击，才能够在上诉时提出这个问题——那么你当初请求法官作出裁定还有什么意义呢?

肯塔基州将《联邦证据规则》转换为该州自己的证据规则时，制定了一项新的规则，这项规则解决了上述一些问题。《肯塔基州证据规则》第103（d）条规定：

当事人可以在庭审前向法庭提出采纳或者排除证据的动议，请求法庭裁定。法庭可以在庭审前对该动议进行裁定，也可以待庭审中向法庭提交该证据时再决定其可采性。法庭记录中已作出裁定的庭前动议，足以成为启动上诉重审的错误。本规则不妨碍法庭在庭审过程中重新审议庭前动议的裁定。

自从肯塔基州采用了自己的证据规则以后，《联邦证据规则》最终也吸收了这一规则，于是《联邦证据规则》第103（a）（2）条被修改为："一旦法庭对证据的采纳或排除作出明确裁定，无论是在开庭之前还是开庭之时作出，当事人都不必为保留上诉权再次提出异议或提供主张错误的证明。"

但是，这并没有解决卢斯案以来长期存在的问题。

当安格斯说完这些内容的时候，安迪感叹道："很有意思！不过它们对我现在的处境都没有什么帮助。庭前动议的裁定仍然是可变更的，雷丁法官已经把我的案子搞得一团糟了。"

"不过，你的这番话倒是给了我一个启发。我想，我要给艾里斯·雷丁一个机会，让她再改变主意，重新采用原来的裁定。"

"星期一上午，我要在陪审团不出席时传唤被告人作证——就按照《联邦证据规则》第104（c）条的规定来做。我要提供证明。（I'm going to do an offer of proof.）我知道被

告人肯定会说他想亲自作证，但是如果公诉人可以就前科进行交叉询问的话，他就不会亲自作证了。”

“然后，我会请求法官排除那项证据。”安迪说道。

“这主意不错，”我说，“你觉得怎么样，安格斯?”

“那就得看你能不能让雷丁法官感到愧疚，而又不去指责她使坏了。”安格斯回答。

“你是说就像刚才我冲进来责怪你那样?”安迪问。

“刚才我什么都没有看到啊。”安格斯回答。

“我也没有。”我说。



直接询问

第 45 章 乏味的直接询问和预先录制的直接询问

亲爱的安格斯：

很难提笔写这封信，因为实在是太难为情了。最近一次出庭之后（虽然我赢了官司，但是很遗憾结果并不如我期望的那么好），我提起勇气和那个案子中的几位陪审员进行了交谈。

其中两位说我的表现很无聊，他们在开庭时睡着了好几次。另一位陪审员不同意。也就是说，她委婉地表示了对那两个人的异议。她说我实际上不是很无聊，只是有点单调乏味，特别是在直接询问的过程中。

随信附上我在法庭上对原告进行直接询问的法庭记录。为了让我的表现更活跃一些，您觉得我可能需要用上哪些技巧，如果您能给我一些这方面的建议，我将感激不尽。

布兰德于巴尔的摩

亲爱的布兰德：

我看了你寄给我的直接询问，对此我有一些建议。

第一，你的提问太长了。很多比证人的回答还长，这绝对是个问题。

第二，你的直接询问给人一种永远也不会完结的印象。它没完没了地进行着——没有休息，没有停顿，也没有节奏的变化。

第三，在整个询问过程中，没有情感强弱的变化。

但是不要泄气，这些都是普遍存在的问题，有一些简单的方法可以帮助你改善直接询问时的表现。

要充分运用前后的语境，不要认为每一个直接询问的问题只和它自己所涉及的要点相关。

证人说他在十字路口的中间停了下来之后，你问道："那么，亚当斯先生，考虑到你的机动车辆在威尔斯路和东威斯康星大街交会处的位置，接下来你有没有做出什么动作来操作和控制车辆，做出了什么动作？"

根据证人刚才对前面几个问题的回答，你完全可以问他："你在那里停留了多久？"

然后，将直接询问看作一连串的段落——就是一组组的事实，你把它们分类整理成一张张用语言描述的照片（verbal snapshots）。询问证人的时候，你只需要把每个新的话题简单宣布一下，然后再开始对此提出问题。

结果会很惊人，因为一部分背景情况已经交代出来了，所以更容易提出以谁、哪里、什么、何时、如何、为何等疑问词开头的简短问题。

划分段落的方法除了能提出简短的问题以外，还可以自动为陪审团给出休息时间，并

且转换了话题。

最后，每隔10～15分钟，想办法让证人站起来四处走动一下。让证人指认实物证据或图表中的东西，要证人比划一下事情是怎么发生的。

律师、证人、法官、陪审团和记录员在各自的位置上连续数小时保持不动，而证人活跃的表现会打破这场死气沉沉的定格表演（tableau）。

安格斯

亲爱的安格斯：

上个星期，我看到两位优秀的律师在同一个案件中出庭对抗，我被他们的技巧、准备程度和辩论质量深深地打动。

但是有一件事情让我迷惑不已。双方都准备得太好了，使得庭审过程有一种排练过多次的感觉。

你有没有什么办法能让庭审现场看上去不像是事先录制好的？

普兹尔德于匹兹堡

亲爱的普兹尔德：

每个人都告诉你要“准备、准备、再准备”，但是没有人告诉你准备并不是指排练。

一遍又一遍地以同样的方式和同样的顺序提出每个问题，这会使证人看起来像是经过训练的，有弄虚作假的感觉。准备证人（witness preparation）的正确方式是，每次和证人练习时都要用不同的方式、不同的顺序来提出不同的问题。

准备开庭陈述和最后陈述（closing arguments）时遵循同样的办法。背得烂熟的讲演，听起来好像不是从你的嘴里说出来的。

为什么？

如果你把讲演稿写出来，无论排练多少次，听上去都不像是你自己说的，原因很简单，因为你不是按照你说话的方式来写的——说和写的习惯完全不同。

所以要按照提纲来讲演，而不是完整的文字稿。

但是即使没有事先的背诵和排练，除了交叉询问中的少数情况以外，经过精心准备的庭审通常都会缺乏即兴的因素（spontaneity）。

我明白，你不想发生任何意外。但是这里有一种方法，可以在直接询问中制造一些即兴的因素，而不会带来任何风险。

任何出色的直接询问几乎都会抢先提出交叉询问人要提的问题。那么，你要用自己的方式主动提出这些问题，这样，证人就可以给出一个漂亮、干净的答案，是这样吗？

错。正是这种直接询问会让法官和陪审团哈欠连天。

因此，不要清除问答中的不利内容（sanitizing the question），而是挑战一下你的证人——甚至是你的委托人，抛出一个有难度的问题：“在那种项目上花掉公司175 000美元的经费，你究竟会作何解释呢，雷诺兹女士？”

紧张气氛会引来关注，你说话的语气表明有事情发生。每一个人——法官、陪审团和记录员——都会振作精神、集中注意力。

这正是你想要的。

安格斯

第46章 询问的语言

你不会相信你自己也做这种事情，那么你就去听听别人询问证人吧。随便选一次开庭，无论是民事案件还是刑事案件；随便选一个司法辖区，无论管辖范围是大还是小；随便选一个法院，无论是州法院还是联邦法院。这个案子你应该不会牵涉其中，所以你能够把注意力集中在问题上，而不是回答上。如果你仔细去听，你会感到震惊。你听到的这些问题结构错综复杂、含义却不甚明了。它们是平常对话中罕见词汇的堆积，夸张而造作。其中夹杂着谨慎过头的短语，虽然毫无意义还是没完没了地反复使用，因为它们听起来就像是律师提出来的问题。

如果你照着我说的去做了，并且意识到问题所在，那么你会提出三个问题：我们在做什么？我们为什么这样做？我们怎么样才会不去这么做？

这里首先列举了一连串——但不可能是全部——我们所用的那种不当词句，而不是简洁有力的语言，词句后面是对它们可能的“翻译”。

说说有什么不同寻常的事情，如果有的话，在哪种场合下发生了。	接下来发生了什么？或者你看到了什么？
你像这样受雇有多久了？	你为延森先生工作多久了？
你要向陪审团说明你在看到讨论中的车辆之后什么事情发生了吗？	你看到那辆黄色汽车后发生了什么事情？
能不能请你指出，你最初发现原告的机动车辆时，它和你的车辆之间的距离是多少？	你最初发现那辆车时它离你有多远（或者有多近）？
你在此前的陈述中表明……	你以前说过…… 或者你刚才说过……
被害人是否曾经尝试向被告人发起一段对话？	摩根先生是否曾对罗纳德·图恩默尔说过（或者想要说）什么？
你对讨论中的人保持监视有多长一段时间？	你看着他看了多久？
你有没有机会去……	你有没有……
就……的情况而言，他给你的信息是什么？	关于……他说了什么？
有没有某个时间的到来，使你有机会观察到被告从那栋房屋离开？	你看见雅各比先生离开房屋了吗？

这些笨嘴拙舌的问题是罕见的例子吗？是故意说得晦涩难懂，还是新手律师出庭时存在言语障碍？不是。每一个问题都是真实的例子，都是经验丰富的律师在设法获取有用信息时提出的问题。问题也不完全在于词的顺序。以下是一些我们拼命想出的词和表达方法，但是简单的词（或者根本不用这样的词）会更好：

以前 previously
表明的 indicated
时机 occasion
观察 observe
车辆 vehicle
此前的 prior
后来的 subsequent
先前的 previous
意识到 aware
发生 occur
出现 appear
决定 determine

不寻常的 unusual
语境 context
叙述 relate
联系 contact with
委托人 client
陈述是否 state whether
我将你的注意力转移至 I direct your attention to
是否正确 is it correct that
某个时间到来时 a time came when
你意识到 you are aware that
监视 surveillance
约定 stipulation

承认 concede
好吧 all right
现在 now
很好 very well
是否 whether or not
什么，如果有的话 what, if anything
讨论中的 in question
有关于 in relation to
关于 with respect to
让我来问问这个 let me ask this
认为 strike that

这种语言非常糟，因为它让法官或陪审团得费好大劲才能听懂那些问题和回答。这种过度冗长的问题大大地降低了信息传递的速度，使得倦怠的陪审团打起了瞌睡。但是其危害还不止这些。大部分证人也跟着提问者的这种速度，使得质证速度更加缓慢。更糟的是，不久，证人也开始像律师一样说话，无意中（至少在词语选择上）被提问的律师所控制。如果你认为这样还不够的话，律师们经常会被自己复杂的句法绕糊涂了，不得不请求法庭记录员把刚才提出的问题删除掉，因为这个问题连格伦迪小姐都无法理解。

这说明了什么？很简单：如果你要得到令人费解的回答，那么就提出令人费解的问题。

现在你知道我们会做这种傻事了，那么下一个问题是，我们为什么做傻事？这是个很有用的问题，因为，它能帮助我们了解一些可能的矫治方法。实际上，知道原因所在常常就是解决方法本身。

答案也许是，法庭中的气氛。法庭中古板、冷漠、令人生畏的气氛，让那些平时讲大白话的人，只要一走进来，就不知不觉地开始模仿那些古板的律师，好像在法庭中，使用日常语言是犯了什么大错似的。

法学院的教学也许是另一个原因。法学老师很喜欢使用那些晦涩的“法言法语”，而那些渴望成为专业人士的学生们在他们的教导下也好上了这一口。如果某个学生在课堂上回答问题时张口结舌，老师就会告诉他，如果不能正确解答这个问题，那么至少要“听起来像个律师”。夸张而做作的语言实际上成了法律职业的标志。我们的自我价值观念和身份意识，使我们想要世人都知道，我们是律师。

可能还存在着一个历史原因，代写人（scrivener，能够识字写字的人，通常以替人书写正式文件为生，如代写状纸、契约、商业文书，为皇室、贵族、庙宇、市政当局记录和编撰历史，后来发展成公务员、会计和律师等职业——译者注）从历史上来说是法律职业的先祖之一，他们就是靠语言表达来挣钱的，因此，我们实际上是继承了一种职业习惯，这种习惯曾经带来了很好的经济效益。

而有些现代的解释听起来似乎更可信。警察出庭作证时，他们作证时所说的话可能确实会影响我们的提问方式，这是原因之一。警察为了让自己听上去客观公正，他就不会说自己追赶一辆汽车，他只会对一次事故进行汇报，在这起事故中他追踪了一辆机动车。他



没有盯梢，只是对监控对象进行监视。他会扣留涉嫌犯罪的人，然后将其交付监禁，而不会抓住他然后把他关起来。

还有一个解释是，我们为了尽量避免诱导性的提问，于是就使用一些抽象的语言，不时地加入“是否”、“如果有的话”等多余的词，这其实是个误解。最后，我们会用一些口头语争取一点时间来思考下面要问什么。这种做法很快就会形成习惯，你会在每个问题的前面加上一句“我来问你一个问题”，证人每次回答完毕后再加上一句“我知道了”。

有没有纠正的办法？办法还是有一些，只是可能会有些痛苦。首先，要在你的文字稿中挑刺儿——不是为了不惜代价地在语法上完善它。有效的口头交流所遵循的规则与书面交流不同。不要做语法上的完善，你要找出拗口的字词，它们会妨碍表达的清晰度。知道自己经常出现的表达障碍，你自然就能够纠正很多问题。你的表达就会慢慢变得简洁清晰、直截了当。

以这种方式说话的时候，你就不用担心对法官和陪审团说话时的语气显得“居高临下”。使用简洁有力的语言不会显得高人一等。只有当你认为听众不够聪明，并且通过多余的解释和一些瞧不起人的话表现出你认为他们不够聪明时，才会产生居高临下的感觉。直白的语言不会产生这种效果。

即使你尽力做到简单、直接，你还是会发现有些坏习惯很难改掉，那通常是一些你自己都没有意识到的口头语。对付这种问题，一方面可以做好充分准备，这样你就不需要这些口头语来争取思考时间。另一方面，还有一个简单有效的办法，可以解决掉你的“嗯”、“呃”、“我来问你一个问题”、“我知道了”等口头语问题。这一招出自多萝西·萨尔诺夫（Dorothy Sarnoff）的一本好书——《说话能改变你的生活》（*Speech Can Change Your Life*）。我们知道说话的方式是下意识的，那么可以根据这一点来解决口头语的问题。只要在说话的时候，脑子比嘴转得快，这样就可以有意识地选择要用的词语。多萝西·萨尔诺夫的建议是，把这些字词写在几张小卡片上，在它们上面画一个大红叉。然后将这些卡片贴在家里，当然，如果你不介意向别人解释你为什么要把“在此事件之前”这个短语画上一个大叉的话，也可以贴在办公室。贴在这样的地方，你每天都能看到它们。剩下的工作就由你的大脑自动完成了。

你是不是在怀疑这么简单的办法会不会奏效？对我来说还挺管用。

最后，清晰的语言表达绝对值得你花些工夫，它是大师级初审律师的标志。

第47章 直接询问的问题

在第一天的出庭技巧课上，克利夫兰市“高怀米有限合伙律师事务所”（Goodman Weiss Miller LLP）的史蒂夫·米勒批评了一批新学员。

课堂作业是直接询问。学生们轮流进行询问，他们尽力避免招来对方劈头盖脸的异议，他们被自己的话绕糊涂了，无可救药，有的问题让证人莫名其妙，不明白他到底想知道什么。

学生们折腾了两三轮之后，史蒂夫站起来，叫停了这个练习，“我要破一次例，”他说，“通常我都不会打断练习的，但是这次我要让你们先停下来。”

“你们的问题是，没有一个人知道怎么在直接询问中提出好问题。”

“你们也没有理由能提出好问题。你们以前从来没有进行过直接询问。所以，我们先来训练一下如何提出好问题，然后再回过头来继续你们的直接询问练习，暂时先不去管那些案子，我只要你们集中精力想想怎样提出一个好问题。”

“你们都到这儿来，排好队。我来当证人，你们轮流提问。可以问我任何问题。”

“但是我们还是有规矩的，如果你提出的问题让我满意，我就回答你；如果你提出的问题我不满意，我就不回答。”

“好了，”史蒂夫朝着最左边的年轻女学员说，“从你开始吧。”

“好的。”她问道，“你能不能说出你的全名？请把你的姓拼写出来以便法庭进行记录。”

“臭问题，”史蒂夫说，“我不回答。问个好点儿的问题。”

这个学员感到很惊讶。“可是，律师们开始直接询问时总是要问这个问题啊！”她说。

“那也不能说明这个问题很好，”史蒂夫说，“你这么问显然表明你对证人一点儿也不感兴趣。不要去想你是在法庭上，再来一次。”

“你是史蒂夫·米勒吗？”

“是的，这下对了。”他说。

“米勒先生，告诉我们你做什么工作？”她说。

“我是律师，”他说，“我专做诉讼业务。好了，下一个。”

一个男生问：“米勒先生，关于你的职业，你是如何选择这个特殊的行业的？”

“我不回答。”史蒂夫说。

“但是这就是我想知道的东西。”男生说。

“你想知道这件事情，这挺好，”史蒂夫说，“但是你提问的方式不是人们在交谈中使用的方式。换种方式来问吧。”

“好吧。”他说，“关于你的职业选择，米勒先生，有什么事情影响了你——如果有的话——使你决定追求这种特殊的事业吗？”



“更离谱了，”史蒂夫说，“再来一次。”

“哦，别这样，”那个学生说，“我只是想知道你为什么想干律师这一行。”

“就是这样！”史蒂夫说，“你不去尽力让自己听起来像律师的时候，你就会知道怎么提出很好的问题。”

“该你了。”米勒指了指队伍中的下一个。他们接着训练了15～20分钟，所有的学员都训练了几次。他们再次开始练习直接询问的时候，每个人都有了明显的提高。

我跟安格斯谈起米勒的练习时，他深表同感。“你总是听人们谈论直接询问中的复杂技巧。但是实际情况是，你提出的问题不好，就得不到你想要的回答。如果你得不到你想要的回答，那么无论你用了多少让人印象深刻的词语，无论你多么谨慎地组织问题，也无论你花多少钱来准备示意证据和实物证据，你进行的直接询问都不会有效果。”

“要想精于交叉询问，你必须练习提出简短且具有提示性的问题，与此相似，要想精于直接询问，你就必须形成一套语言习惯。”

“仅仅明白这里面的规则是不够的，”安格斯说，“当你专注于问题的内容时，你就顾不上去考虑询问技巧了。等到你养成了正确的语言习惯之后，你才不会一想到要从证人嘴里掏出什么话的时候就回复到以前的说话方式。”

“听你这番话，好像你一直在钻研这个问题。”我说。

“一点点吧。”安格斯说。

“别这样，”我说，“给我看看吧。”于是安格斯掏出一个很大的活页记事本，封面上写着“安格斯论辩护术”，打开来翻到“直接询问”这一章。

“这儿，”他说，“是一些要素，可以帮助律师们在直接询问中提出漂亮的问题。你必须在这些方面进行训练，让它们习惯成自然。”

“谢谢，”我问道，“我可以借来看看吗？”

“当然，”他回答，“随便用！”

以下是安格斯列出的因素。接下来的半小时里，他谈到了对这些因素的想法，我把它们作为注释附在每个因素之下。

引导证人

证人们总是在想，我应该说什么、怎么说。几乎在所有的直接询问中都会出现律师和证人之间交流不畅的情形，而大部分交流问题本来是可以避免的，并且这些问题的出现通常都是律师出了错。

其中一个问题在于，我们费尽心机教会证人在宣誓作证和交叉询问中应当怎样表现，结果他们在直接询问中也作出同样的表现了。他们在回答问题时尽量少提供信息、不主动提供信息、不肯对事情进行解释。

因此，一部分原因在于，我们最初帮助证人做好准备时的方式不对。不过，我们自己在庭审的表现使问题升级。我们开始直接询问的时候，会突然变得僵硬而古板，这让证人觉得他们也应该这样做。

最糟糕的是我们提出的问题。我们提出的任何一个问题，它最重要的任务是引路。它应该为证人指明方向，指出正确的主题，在不告诉证人应该说什么、怎么说的情况下，让他知道你想要他说什么。

可是，与应该做到的这些不同的是，我们对信息的需求常常以一种无法理解的代码的形式出现，只有法官和其他律师才能听懂这些代码。

其实完全不必这样。我们可以做几件事，让证人作证时可以轻松一些。

首先，你可以用基本情况来开头——那些没有争议的介绍性信息。

问：你是艾米丽·詹森？

答：是的。

问：你是电子玩具公司董事长比阿特里斯·帕默先生的行政助理？

答：是的。

其次，你可以口头告知内容提要，以此来告诉证人（还有法官和陪审团），你要谈论什么问题。

问：詹森女士，在我们谈到在电子玩具公司发生了什么之前，我想谈谈你在玩具工厂的个人经历，就是在你为比阿特里斯·帕默工作之前的事情。你什么时候开始进入玩具行业的？

答：12年前，在一个叫基奥卡克玩具公司的小公司。

我们在这里先暂停一小会儿。在前面一个主题句中，律师没有提出任何问题，只是为大家指明了方向。这是否构成律师的不当评论？

几乎不会。它是下面几个问题的一个组成部分。接着你想转换话题的时候，你只需要再说出一个内容提要，宣布出下一个主题。

问：詹森女士，现在我想再来谈谈你在电子玩具公司的工作。

关于内容提要还有最后一点。除了让法官、陪审团和证人跟上话题，它们还会让人觉得你有备而来，你的信息是可靠的。

使用通俗的语言

我们都知道应该使用通俗易懂的语言。只要读一读你的任何一份发言稿，你就一定会修改它。你可能已经修改过无数次了。但是，就像改过自新的赌徒，看到赌场开着门，他就一定会进去。我们一进入法庭，良好的意愿就消失殆尽，说话时又开始模仿情景剧中一本正经的律师了。

我们提出的问题让人觉得不知所云，比如“接下来你做了什么事情——如果您做了任何事情的话——来操作和控制上述机动车辆？”

或者“我来问你这个问题吧，雷诺兹先生。就电子玩具公司现金流量的状况来说，电子玩具公司的竞争对手——科技玩具公司——的市场地位发生了变化，为了最小化由此而可能产生的负面影响，你们考虑了哪些办法？”

我们为什么这样说话？

一方面的原因是法学院的教育，因为法学院课堂上所传递的信息是，如果你想成为一名律师，就得学会像法学教授那样说话。

另一方面的原因是羊群心理，这种心理使得我们想和其他律师混在一起，一同徜徉于法律田园之中。

也许隐藏得最深的原因是史蒂夫·米勒所说的“形式陷阱”。法庭是一种正式场合，那里的事情都要中规中矩。我们到了那里，就不自觉地用预期的方式来说话。

但是，其实你不必这样。如果你仔细思考一下，就会意识到自己既是专业演说者又是专业写作者。有效的交流是你必不可少的谋生手段之一。

作为一名专业的文字工作者，应该由你来确保法官和陪审团理解你说的话，而不是由



他们确保自己能理解你说的话。这也就是说，基本上你问的每一个问题，听众都能够立刻明白。

担负起有效交流的责任后，你就会开始使用清楚、简洁的词句。你就会从你的词汇表中逐渐清除那些拗口的法言法语。

奇迹就会出现。你演说会产生多重效果。你的开庭陈述和最后陈述会被其他律师竞相引用和模仿。有些人会指责你能言善辩。最为重要的是，你提出的问题会很容易理解。

问简短的问题

简短的问题有很多优点：

简短的问题容易理解。

简短的问题可以让人思想集中。集中思考不仅仅能够理解问题，理解问题是一回事，觉得必须回答这个问题完全是另一回事。而简短的问题就要求回答者所答即所问。

简短的问题容易组织。

简短的问题出错时容易修正。

简短的问题让人关注证人，而不是律师。

要是你把这些优点再看一遍，你会发现有一个优点没有列在其中。里面没有“简短的问题容易提出”。那是因为简短的问题并不容易提出来，至少在刚开始的时候很难。刚开始的时候，你会觉得这样提问更容易：

“你能否回忆起在那个时候是否有任何其他人在现场吗？”

而这样提问不大容易：

“还有谁在场？”

有一个学会怎样提出简短问题的方法。

练习。

用记者的基本用语来提问

谁、哪里、什么、什么时候、怎样、为什么。

你看到了谁？

你在哪里看到她？

她在做什么？

那是什么时候？

你在那儿多久了？

你为什么离开？

出错时勇于承担责任

经常会发生这样的事情。也许你自己经历过。大部分律师都经历过。

证人没有听懂问题的时候，你不是从自己身上找原因，而是责怪证人。“你没有听明白我的问题，布鲁姆先生。我要你指出的是，这个项目中最初 5 个月的花费，不是一整年的花费。”

证人感到尴尬、很不自在，你让证人觉得他像个傻瓜。于是，他作证时的表现不会变

得更好，而会变得更糟，这样连陪审团也会不怎么喜欢你了。

然而律师们会认为，对于交流中存在问题，推卸责任是再自然不过的事情了。

为什么？

因为我们是专门指出别人错误的人，指责别人是我们谋生的手段。

还是慢慢养成另一种习惯吧。只要出现交流不畅，就承担起责任吧。毕竟，这原本就是你的责任。

追　问

注意听证人的回答，这会帮助你培养一种能力，每个优秀的初审律师都必须具备这种能力——像陪审团一样倾听证人的回答。就像以前没有听过，这是头一回听到一样。

头一回听到证人回答的感觉，会告诉你陪审团明白了哪些东西，还有哪些地方没有理解。它会告诉你，什么地方需要补充，什么地方不用去理会，达到这个目标或者那个目标还需要走多远，什么地方可以跳过去。最重要的是，这种感觉可以告诉你什么时候该进行追问，要证人作出解释，以便让大家明白问题的要点。

不要低估了正确追问的力量。它除了使你的论证更加连贯以外，陪审团还会对你充满感激，因为你帮他们问了他们想知道的东西。他们会逐渐把你当做他们中的一员，是一个让他们信任的人。

第48章 简单的直接询问

约翰·何曼是一个企业诉讼律师。星期五晚上，他在公文包咖啡馆找到了安格斯，要他帮忙准备一个联邦法院的案子，他接受了被告的委托。

“这个案子让我很费神，”何曼说，“原告的代理人是奥斯丁的特克斯·鲍伊，他能够把像我的委托人这样的大公司当午餐一样吃掉。所以，我一定得把所有的细枝末节的问题都仔细检查一遍，以免里面藏了什么猫腻。”

“但是，我要做的不仅仅是提出正确的动议和提交正确的陈辩书。这个案件不会和解。所以我已经开始和委托人的CEO练习直接询问，他是最重要的证人，可是他让我非常失望。能不能请你和吉米在下一次练习时旁听一下，给我一些建议?”

文森·沃波尔是一个法学教授，他在法学院开了一门“高级诉讼专题研讨”的课程，但他却从未真正接手过一个案件。他当时坐在邻桌。约翰请我们帮忙的时候，我注意到他也竖起耳朵在听。但是当时我并没有多想。直到下个星期三下午，我们来到“何欧庞律师事务所”的大会议室时，我才明白过来。

沃波尔也在那里，坐在会议桌的主持席上，像个领导。

“你们认识沃波尔教授吧?”何曼说，“文森是莫里斯·斯蒂尔曼先生的内弟，莫里斯·斯蒂尔曼先生是我的委托人箭头电子产品公司的CEO，就是我们今天一起做练习的证人。文森也很愿意给我们的练习作些评论。”沃波尔最好没有看见约翰在介绍过程中翻白眼。这已经不是沃波尔第一次不请自来了。

五分钟之后，我们的证人莫里斯·斯蒂尔曼来了，这时我们已经准备好可以开始了。约翰·何曼进行直接询问，而他的一个合伙人作为原告方来提出异议，并且准备进行交叉询问。安格斯扮演法官，而我则负责做记录和操作录像机。文森·沃波尔说他“会对整个询问过程进行评论，因为这与本案的争点有联系”，所以他只是坐在一旁。

一个半小时过去了，不过给人的感觉比一个半小时长得多，安格斯让大家停下来，而何曼说他只完成了直接询问的1/10。

我正在想该怎么评论。虽然我记下的内容很多，有很多问题都很重要，但是有一个问题是最明显的。只要直接询问者提问的时间比证人回答的时间还多出一倍，那么这个问题就很严重。

我注意到安格斯也在考虑如何开口。毕竟，人们不愿意在委托公司CEO的面前批评案件的首席律师，尤其是这个CEO就是本案证人并且需要接受训练的情况下。

沃波尔教授毫不在乎。甚至还没有请他评论的时候，他就跳了出来。

这是本年度最令人惊讶的评论。

他欣喜若狂。

“太好了，约翰!”他说，“非常棒!如果你剩下的询问也像这样，我敢说，你的直接

询问会成为今后复杂商事诉讼中的范本！当然，我认为你的优势在于，你的证人非常聪明而且有口才，天生就适合坐在证人席上作证，他在社区中的地位很自然地让大家对他表示尊重。

“事实上，太让人难忘了，我确实没有发现什么不足之处。真的，我相信，我尊敬的朋友们也很难对我的意见进行补充。我真想留下来听听他们的评论。他们的评论总能让我有所收获——即使有时候有点偏离主题。哈哈！

“但是很遗憾，四点钟我还有个会议必须参加，要是不马上出发的话就会迟到了。”

“约翰，感谢你邀请我过来，”沃波尔说，“我会在一个星期之内把对账单寄给你，上面有我收费的时长和价格。”接着沃波尔穿上外套，系上雪白的丝质围巾，将一支英国香烟放进乌木烟斗，大步离开了房间。

莫里斯·斯蒂尔曼，箭头公司的CEO、沃波尔的姐夫，是第一个开口说话的人。“真是杰作啊，”他说，“这个傻瓜真让人受不了。很抱歉我把他弄到这儿来，但是我也拿他没辙。”

“不管怎么样，我没有抱任何幻想。沃波尔真是愚蠢透顶。这次作证很重要，要让它有效果，需要动大手术才行。我们要做的事很多，从哪里开始？”

安格斯马上接过话题。“约翰，”他说，“你和莫里斯毫无疑问对案件已经很熟悉了。你掌握了案件事实，并且了解了其中的微妙关系——这些迂回曲折的地方会让你陷入麻烦。

“这还只是一部分问题。所有一些听起来都太做作，就好像是事先写好的。好像是你正穿过一片言语雷区，害怕走错一步。有趣的是，你们每个人对这种情况的反应各不相同。

“约翰，你的问题太长。你的提问过于讲究，使用了太多限定语和修饰语，以至于别人都不知道你想要什么。

“而莫里斯呢，你的回答太短，过于简练，缺乏背景信息和正常细节，添上这些之后才会让人觉得可信。

“但是，解决这个问题的方法不仅仅是‘约翰精简问题’而‘莫里斯扩充回答’。”安格斯接着说。

“你们俩必须意识到，你们的任务不是简单按照法律规定提供事实。你们已经做到了这一点，但这还不够。

“你们俩都必须明白，你们真正的任务是形成一个教学团队。你们要做的是，以有效的方式展现你们的证据，让你们的学生——法官和陪审团——真正地了解你们的案情，让他们聆听、理解、接受并记住你们提供的事实，并且希望你们胜诉！”

“这就是直接询问这么难的原因，”安格斯说，“因为要做的事太多。”

“我也觉得它很难，”约翰说，“我原来认为直接询问容易而交叉询问难。但是我办的案子越多，就越发意识到交叉询问相对来说要简单一些，而难的是直接询问。”

“但是，我承认，”约翰苦笑着说，“我是希望你能告诉我，如果方法对路，直接询问也会变得简单。”

“你说的没错，”安格斯笑着说，“如果方法对路，直接询问是会变得简单。”

“嘿，等会儿，”约翰说，“你刚才说直接询问难，现在又说它容易。”

“不，我没有，”安格斯说，“我没有说直接询问容易，我是说，直接询问简单。简单和容易可是有很大区别的。”

“生活中，有很多事情是简单的，但是，仍然会因为某种原因，它实际上很困难。直

接询问就是这样。它所有的原则事实上都很简单，但是仍然很难遵从它们，除非你养成良好的习惯。

“直接询问的难处，就像边摸脑袋边拍肚皮一样，你的大部分注意力都集中在证人所说的话上面时，就很难去考虑你要遵循的直接询问的技巧。你不仅要完全了解案情，具有强烈的自律意识，而且你还要形成一套正确的习惯用语，让你在留心问答内容的时候，不必操心技巧的事儿。”

“我准备好了，”约翰说，“告诉我什么是正确的习惯。”

“把注意力集中在事件的发展上，”安格斯说，“你的整个辩词就是一个故事，其中的每个直接和交叉询问也都是如此。第一个习惯是，确实将每个证人的证言都当做一个故事。它们不是一堆能够支持你的主张或者辩解的事实、需要你去证明的事实，它们是故事。

“并不是法律不重要。你要用法律的要求去检验你的辩词。当你确定哪些事实是哪个具体故事的组成部分时，你就要这样做。但是这是前期在办公室里要完成的工作，不是等到上了法庭才做的事。

“为什么要专注于故事而不是法律呢？

“因为，当你思考法律时，你就会谈论法律，就会使用所谓的法言法语，用法律话语和观念来构建你的询问。

“那又有什么不对？休斯敦的唐·伯恩（Don Bowen）说过：‘现实中的人绝不会围着法律原则来讲述他们的经历。’

“但是你脑子里想着故事的时候，就会用讲故事的语言来讲故事，使用那些和现实中的人们交流时使用的话语和观念，而通过你讲的故事来断案的人，正是现实中的人。

“从考虑法律到考虑故事，这么一个简单的习惯转变，在摆脱烦人的法律术语方面，它可比设法从脑子里清除那些词语更有效。人的头脑要比电脑硬盘更复杂，你是没法把你不喜欢的词语找出来，用头脑鼠标选定它，然后按下删除键。这个办法不灵！

“假设你在堪萨斯州威奇托市参加一次家庭聚会，你想让玛格丽特阿姨讲一讲她的表兄弟比利和芥末瓶子的故事，你会怎么说？你能不能想象自己会这样说：‘马格丽特阿姨，将你的注意力转回到1997年的感恩节，你能不能向这次聚会上的女士们和先生们描述一下，在那个时候在表兄弟比利和芥末瓶子之间，如果有任何事情发生的话，发生了什么事情？’

“从法律到故事的完全转换比改变各自的游戏规则要容易，就像从打网球转换到打羽毛球一样容易。

“简单吗？当然！

“容易吗？肯定不会！想要养成正确的思维模式，是需要下工夫练习的。但物有所值。

“第二，养成使用正确方法编排故事的习惯。这是创造性工作的开始，这会让你的辩词变得生动起来。你得这么做：

“列出你希望在直接询问中问到的每个事实。这个时候，别怕费劲把它们按顺序排好，这只会浪费时间。只是写下你想到的、在文件和庭前附誓陈述中看到的所有事实，一个接着一个地记下来。你开动脑筋努力地想，不希望在不经意中漏掉任何有用的念头。那么，先列出所有的事实，以后再剔除不需要的。

“你写下你能想到的所有事实以后，然后检查它们是否满足法律的要求。要让法官批准你的即决判决的动议或者指令判决的动议，你必须证明什么，把你必须证明的内容和已经列出的事实进行对照。

“接下来，根据初步印象把这些事实按照逻辑分成一组一组。把每组事实单独写在不同的纸片上，这样你就可以把每个组作为一个单位来考虑了。

“然后给每张纸起一个标题，表明它的内容。每个标题要说明，这一组事实在案件中起什么作用。在你询问证人时，你要使用这些标题引入每个新主题。

“现在，你就可以把这些纸片组合在一起了，它们就能够以最有效的方式讲述证人的故事。

“按照什么顺序呢?”

“随便什么你喜欢的顺序都可以。最开始谈过错，或者最后再谈过错。把损害赔偿的问题放在合适的位置。把你的杀手锏放在最有效的地方。

“你能做的最富创造性的一件事，就是把每张纸片——每组事实——放在你面前的一张大桌子上。然后把它们打乱，看看以不同的顺序编排时，整个故事如何给人完全不同的印象，然后决定该怎么做。

“把这些纸片挪过来挪过去的时候，你可以考虑下面几个问题。

- 胜诉一方的辩词讲述的是一个不公正的故事，就是对方做的是坏事。编排顺序的时候脑子里要想着这种道德使命。
- 让对方成为接受评判的对象。无论你是原告还是被告，你的辩词要制造出一种是对方在接受审判的感觉。辩词中不要讨论你有多好，而要讨论是他们的所作所为引起了麻烦。
- 不要隐藏你的缺点。没有人是完美的。直率地承认你的缺点和错误。隐瞒你的错误反倒会使它们被放大十倍。但是另一方面，通常辩词的开头和结尾都应该是优点，而作出的退让和不那么精彩的东西放在中间。
- 消除杂乱。现在该剔除掉那些无力的论点、多余的重复和无用的细节了。大多数诉讼开庭时间过得比正常时间慢 2～5 倍。在这个过程，成堆的语言垃圾就会把仅有的一些有用的事实给掩埋掉。以日期为例吧。在大多数案件中，年、月、日这些具体日期是没有用的。一般来说，有意义的是事件的顺序，而不是具体时间。
- 要突出那些真正有用的东西。”

“哇，”约翰说，“听起来确实简单。用这套方法，我就可以写出直接询问的所有问题了。”

“对不起，”安格斯说，“第四点是，你不要把直接询问的问题写出来。”

“但是我非得这样不可，”约翰说，“我可没有你那种即兴交流的天赋。对我来说，没有预先排演的辩论充满了风险。即席发挥这种语言滑雪游戏，还是留给像你老兄这样的喜欢心惊肉跳的人来玩吧。”

“我不行，谢谢你！但是我还是会老老实实写好我的直接询问底稿，它是我亲爱的‘莱纳斯毛毯’（Linus Blanket，漫画人物莱纳斯是个缺乏安全感的男孩，永远抱着一条毛毯，哭了用它来擦眼泪，累了当枕头靠一靠，冷了拿它当围巾。——译者注）。这样做是会有点辛苦而且耽误时间，不过它很安全。有了它，我就知道下面该说什么了。”

“很有意思，不过也很奇怪！”安格斯说，“不知怎么的，我感觉这好像不是你第一次用这种理论来给自己辩护了。”

“嗯，是的，”约翰说，“几年前，我参加一次庭审论辩口才课程（Trial Advocacy Programs）时就这么说过。”

“问题是，”安格斯说，“依赖底稿的代价远不是你能负担得起的。

“第一，你没有把注意力集中在证人身上，而是埋头苦读事先写好的问题。



“第二，写文字稿所用的语言不是日常说话使用的语言，所以，你把写好的东西读出来时，听起来让人感觉不真诚、很虚伪。

“第三，你有一份底稿，可是证人没有。万一他给出的答案不是你想要的，你就遇到麻烦了，因为，虽然你眼睛盯着已经写好的问题，但是你得在脑子里把这个问题再改写一遍。为了同时做好这两件事，你会手忙脚乱的。

“第四，你写的底稿天衣无缝，没有断层、没有停顿、没有抑扬顿挫。就像一本《战争与和平》(*War and Peace*)没有划分章节，甚至没有划分段落。它就无休无止地继续再继续，让人发狂。”

“有这么糟糕吗?”约翰说着，环顾了一下四周。我点点头，其他人也都跟着点头。

“但是，我年纪这么大了，你们不觉得我现在去学即兴提问有点太难了吗?”约翰说。

“当然不会，”安格斯说，“刚才这个问题就是即兴的。”

“现在放松下来。你当然需要一条安全毛毯。几乎所有人都需要。你的问题在于选错了毛毯。”

“什么意思?”约翰说。

“如果你需要事先写下什么东西的话，”安格斯说，“那么你要把答案写下来——不是问题。那样的话，你就能很自然地提出简单的问题，让证人和其他任何人都能明白你在问什么。如果证人的回答不是你想要的答案，那么你只需要改变你提问的方式，直到得到你要的答案。这个习惯可不仅仅是简单，它还很容易。

“最后，使用分段的方法。刚才你学到的编排方法会自动把你的直接询问划分成一系列大的主题，形成一张张栩栩如生的图片。

“把这些图片想象成段落。进行直接询问时，每开始一个新的段落，就向证人宣告一下段落大意。

“效果会超乎想象。首先，每个人的大脑可以暂时歇一歇，他们就不再去思考合同订立的情况，而是去琢磨原告是怎么违约的。

“第二，它能引导证人。你不用进行提示性发问，他也不会跑题。

“第三，宣告段落大意之后，你就能轻松地提出以‘谁’、‘哪里’、‘什么’、‘什么时候’、‘如何’、‘为什么’等疑问词开头的问题，这样的问题大家很容易明白。

“第四，宣告段落大意并非不妥，因为它和下面的问题是一体的。

“第五，使用这种有声的编排方式可不仅仅是提供帮助而已，它还表明，你真正了解了整个案件，大家相信你会说出所有重要的事实。

“我知道你说过莫里斯是本案中最重要的证人。但是，这句话并不完全正确。你才是最重要的。你的可信性是最关键的，其他一切都取决于此。如果法官和陪审团认为他们不该相信你，那么他们也不会相信你的证人、你的论证、你的实物证据。

“赢得他们信任的重要方法是，做到简单、直接、有序。”

第49章 提示的艺术

安格斯和我在观看贝斯·戈尔德对年龄歧视案的原告进行直接询问。他做得很好，让人印象深刻。后来贝斯让我们给点意见。

“非常专业，”我说，“我觉得，该做的你都做了。”

“清楚、简单、很有条理。”安格斯说。

“谢谢，”贝斯说，“但是，实话跟你们说，我觉得它很平淡，并不是很枯燥，就是有些平淡。我想，我进行直接询问时要做得更像是在和证人进行日常交流一样，就像安格斯做的那样。我想知道你的诀窍是什么。”

“你说得没错，”安格斯说，“使用对话的语气往往是个好办法。但是问题是直接询问不是对话，也根本不像对话。律师应该控制它，一步一步地引导它走到最后。如果直接询问变成了对话，那就说不准在对话中会讨论些什么内容，也说不准最终的结局是什么。”

“嗯，当然。”贝斯说。

“不过你的直接询问让我意识到一个问题，以前从来没想到过。原告作证时显得有些平淡，这是我们在这几年里教授出庭技巧时所使用的方法造成的。

“我们太专注于教律师们在直接询问中如何提出简单、非提示性的问题，以至于我们基本上忽略了提示的艺术。

“你所有的问题都采取同一种模式，”安格斯说，“所有的过渡都使用同一种表达方式。所有的追问都运用同一种语言技能。学会在直接询问中使用提示性发问能够把粗糙的边缘打磨细致，能够产生一种正在进行交谈的感觉，甚至还能够增添一种活跃的感觉。

“实际上，只提出非提示性的问题，会让原本应该很出色的直接询问变得有些乏味。”

“等会儿，”贝斯说，“你是说，我应该在直接询问中提出更多提示性问题？我原以为，就算对方没有提出异议，也不能在直接询问中提提示性问题。实际上，是你告诉我，提示性问题给人的感觉是律师在庭审过程中辅导证人。刚才你说的话是指让我做这个吗？”

“你在刚刚开始处理诉讼业务的时候，”安格斯说，“宁愿冒着发问千篇一律的风险，也不要让人感觉你在告诉证人该怎么说。但是我认为，你现在的状况应该可以更上一层楼。”

贝斯和我开始做笔记。以下是我的笔记内容。

介绍证人

大部分证人在开始直接询问时都会紧张，除非他们有作证的经验，这是可以理解的。让他们向法官和陪审团做个自我介绍，是一种很好的开场方法，你还可以就作证的背景信息提出一连串提示性问题，帮助证人更快地进入状态。

然后，你可以开始提出非提示性的问题，进入案件的核心。这肯定会让证人感觉更舒服一些。

引导证人

在直接询问中，很少有证人不在某个问题上出状况的，不明白律师到底想让自己说什么。麻烦在于，律师应该带领证人走完整个询问过程，但是不能告诉证人该说什么。

为了避免这个问题我们付出了很多努力，但这些努力都很悲壮：

问：请将你的注意力转向7月14日的下午，我问你，你在那个时候做了什么，如果你做了事情的话？

这个问题有两处严重的缺陷。第一，你不必说"你在那个时候做了什么，如果你做了事情的话"。

从技术上来说，如果去掉"如果你做了事情的话"，这个问题会不会变成提示性问题呢？

当然。它暗示着证人实际上做了什么事情。

那又怎么着了？这个问题有没有告诉证人该怎么说呢？提示性问题只有在对争议事实进行暗示的时候，才会成为不当发问。而对基本事实的提示完全没有问题，无论这种问题在询问证人的哪个阶段提出来都行。

"请将你的注意力转向7月14日的下午，我问你，你在那个时候做了什么，如果你做了事情的话？"对于这句话，还存在另外一个缺陷。

把证人引向某个话题的语句，不一定非得是一个又臭又长的问句。它可以是一句单独的陈述句，可以是一个内容提要，向大家宣告下面几个问题的主题。

问：关于7月14日下午发生的事情，我想问你几个问题。

然后，你可以接着提出以"谁"、"在哪里"、"什么"、"什么时候"、"怎样"、"为什么"等疑问词开头的问题，简洁而又不具有提示性。

这时候，你是在引导证人，告诉他们主题是什么，没有往证人嘴里硬塞进去他们该说的话。

但是，如果对方那个让人忍无可忍的傻瓜提出异议，指出你说的不是一个问题，那么你该怎么说？

很简单。"法官大人，这句话对接下来的每一个问题都有意义。"

帮助证人

你还可以更进一步。在直接询问的过程中，几乎每个证人都会遗忘一些东西。

问：你跟谁提过这份担保？

答：噢，是那个人……对不起，我一时想不起他的名字了，就是那个大块头，是他们在丹佛办事处的销售主管。

问：安德鲁·斯卡利？

答：就是他。

这是提示性问题吗？

当然是的。

提示的内容是争议内容吗?

假设它是争议内容的话，看起来这个问题还是没有不当地告诉证人该说什么。为什么?

因为有很多能够确认身份的信息——那个人的工作和他的长相——这些证人在证词中都已经提到了。

帮助证人克服暂时的遗忘时，可以使用正式的程序来唤起证人的记忆，或者为了“完整展现证人的证词”而请求法官允许律师提出提示性问题。与这两种方式比较起来，直接提出这种提示性问题显得更加自然。

能不能保证对方不会提出异议？能不能保证法官不会斥责你提示性发问?

当然不能。事先了解法庭规则、了解对手的脾气、了解法官裁定的习惯是你的职责。

强 调

每隔 10～15 分钟把证人有用的证词强调一遍，只要不超过这个频率，这会是个极好的办法。把证词中你想要强调的要点部分重复一遍，也就是再概括一下。

这种做法是律师们不成文的约定，大部分律师都会这样做。只要你重述要点的目标是把问题解释清楚，你就可以偶尔总结一下证人的证词。

问：我来看看，我是不是理解了所发生的事。你当时一直站在汽车站里面等莱莉亚·怀特希尔?

答：是的。

问：想要向警察指认她?

答：是的。

问：后来大概在早上 7：30 的时候，你看到了一个女人?

答：是的。

问：候车室另一端有一个长得像莱莉亚·怀特希尔的女人?

答：非常像她。她的衣服、头发、鞋子——所有的一切都像。

问：所以你朝着这个女人走过去?

答：是的。

问：她是谁?

答：一个打扮得很像莱莉亚的人，但不是她。

要注意这种强调其实就是一种重复。与同样的“提问和回答”比较起来，它的提示性并不强，因为证人已经说出了这些事实，尽管他所说的可能不像你概括的那么清楚——这也正是它们被称为阐释性问题的原因。

只是别做得过头了。

反向提示

即使是非常出色的直接询问，时间一长也会让人分神。一方面原因是很多直接询问太拖沓，而另一方面的原因是很多证人不能引起人们的兴趣。他们中间很少有能够持续吸引人们注意力的优秀演说家。因此，优秀的直接询问应该简短、轻松、直奔主题，只涉及那些有用的信息。

即使是这样，你在进行直接询问时仍然有可能让人走神，尤其是审判进行到第二周或者第三周，人们一吃过午饭就不容易集中精力。

为什么？因为提问的方式千篇一律，而回答的内容又没有什么吸引力。

优秀的新闻记者在采访时可不会像律师进行直接询问那样。他们知道，紧张能够引起注意。一处明显吸引人的矛盾回答会使人们提起精神，集中注意力。因为它意味着重要的事情正在发生。

你会说，很好，可是在直接询问中怎么能做到这一点呢？

使用反向提示。不要告诉证人正确答案，而是说出错误的答案，这样证人就会表示反对。

问：你过桥的时候速度是多少？

答：大概每小时50英里。

问：你过桥的时候发生了什么事？

答：我们一上桥左侧的前胎就爆了。

问：所以你就把车停在了路边？

答：不可能。我们继续前行。我们知道，如果在涨水的时候停在那儿，我们就永远也别想过去了，我们后面的人也没法过去。

反向提示几乎不会引起对方的异议，因为显然律师没有告诉证人该怎么说。当然，反向提示的使用要有节制，要是养成了习惯也会导致反复使用的弊病。

结束语

有些人能提供非常有用的信息，他们作证的内容非常重要，这无懈可击。但是他们作证时还是会表现得一塌糊涂。有些人的声音无精打采，说话方式也让人遗憾，这样他们就无法抓住人们的注意力。还有些人废话连篇，结果人们分不出来他的话里哪些才是真正有用的信息。

为了做到简单明了，你当然要稍稍提示一下这样的证人，有的时候还需要进一步的提示。

现在，证人席上就有一个这样的证人。他的名字是马文·德里斯科尔。你的直接询问马上就要完成了，为了给大家留下深刻的印象，你想在结束的时候告诉大家一个重要的事实：在马文·德里斯科尔离开Fast-n-Tite公司总部的时候，那个包裹还放在卡罗·康奈利的桌子上，没有打开。

问：德里斯科尔先生，你什么时候到达Fast-n-Tite公司的总部？

答：嗯，我想想，我想差不多前后，嗯，大约在——早上10：15到10：20之间——啊，如果我没记错的话。

问：10：15到10：20之间？

答：是的。

问：你去Fast-n-Tite公司的办公室干什么？

答：那是我的目的地，就是说，我被派去给Fast-n-Tite公司的一个高级职员送包裹，他们告诉我，嗯，她负责美国中南部地区的地区销售。

问：是卡罗·康奈利吗？

答：是的。

问：你见到康奈利女士了吗？

答：见到了，他们把我带到了她的办公室。

问：你做了什么？

答：什么？哦……我，嗯，把那个要给她的包裹递给了她，嗯，交付给她。

问：她怎样处理包裹的？

答：什么？哦……事实上，什么也没有做。

问：你看到她打开它了吗？

答：没有。她没有碰它。

问：你在她办公室里待了多久？

答：嗯，我想想。如果我没记错的话，我待在那儿有差不多——你知道我只能大概估计一下——差不多一刻钟吧。

问：那么你在她办公室待了15分钟？

答：是的。

问：你从卡罗·康奈利的办公室出来的时候，那个包裹仍然放在她的桌上，没有被打开——连碰都没碰？

答：是的。

问：我没有问题了。



第VII编 交叉询问



第 50 章 交叉询问的种类

迈克尔圆满地完成了他的交叉询问。证人是被告公司的客服经理，他揪住了证人明显的矛盾之处。证人完全没有意识到自己已经落入了圈套，直到迈克尔啪的一声把笼子关起来——在大屏幕上放映出客服经理的月报表，所有人都能看到，证人自己也能看到。

问完最后一个问题，迈克尔宣布自己没有问题了。他退回到律师席，给首席律师贝斯写了张字条，把字条顺着桌面推给她，上面写着“你觉得交叉询问怎么样”?

贝斯在便笺本上写下“等会儿我们再谈”，并且绷着脸把本子推回给迈克尔，这副表情让迈克尔感到很惊讶。

这是迈克尔·托伦特第三次作为贝斯的副手参加庭审，并且前两次他只做了常规的直接询问。

在法庭外面的大厅里，贝斯直奔主题地问他：“你干吗要攻击那个客服经理?”

“因为他是被告的证人啊!”迈克尔答道，“怎么了？难道你不喜欢我弹劾他的方式?”

“如果你要弹劾这个证人的话，你的方式没有错。”贝斯说，“可我的问题是，你这样做的理由是什么?”

“因为这是个大好的机会，绝不能放过!”迈克尔解释说。

“哦?”贝斯说，“我来问你，你感觉证人看起来是陪审团一定会讨厌的那种人吗?”

“那倒不是，”迈克尔答道，“他看起来是个挺不错的人。只不过他是被告的证人……”

“那么，现实点儿说，”贝斯说，“你觉得，他在直接询问中的证词对我们造成了多大威胁?”

“我想应该不大吧，”迈克尔回答说，“他只是证明了一些很平常的东西。”

“所以他不是你说的关键证人吧?”贝斯指出。

“不是。”迈克尔说。

“那么你觉得陪审团会相信谁呢？是你这个律师，还是那个看起来挺不错的汽车售后服务经理?”

“我猜不会是我吧。”迈克尔回答说。

“所以，尽管你抓住了他自相矛盾的地方，但你觉得到头来是谁赢了呢?”

“我想是他们赢了。”迈克尔垂头丧气地说道。

“有件事儿我很不想告诉你，”贝斯说，“我们还有一个麻烦。”

“什么麻烦?”迈克尔问。

“你急于把证人引入你的圈套，结果忘了问他，原告的丈夫把车开到他那里修理的时候说了什么话。”贝斯说，“自从马德拉克法官让被告收回他们的自认之后，这位客服经理就成了唯一能够证明被告知道原告的汽车油箱漏油的直接证据。其他的都只是些间接证据，包括被告维修单上一条模糊的记录。”

“哦，我们让他作为反驳证人（rebuttal witness）重新出庭作证。”迈克尔说。

“反驳什么?”贝斯问，“不能因为你忘了证明的一部分内容，你就能传唤反驳证人。你只能用反驳证人驳斥对方的说法，不能用他们弥补自己的疏漏。在被告律师开始再直接询问之前，我们最好请求法庭允许我们重新进行交叉询问，这样可能会好些。”

他们就这样做了。律师们都站在法官席旁边时，贝斯问马德拉克法官，她能否自己补充几个问题，她的年轻搭档不小心忘了问这些问题。迈克尔看上去很难堪，于是法官说：“咳！我曾经也是个年轻律师啊。”他同意让贝斯来填补迈克尔留下的漏洞。

当天晚上，他们又谈起了这件事儿。“迈克尔，你瞧，”贝斯说，“不要太放在心上。你所做的事情，成千上万的律师也会不假思索地去做。你们对待证人的态度就像马洛里对待珠穆朗玛峰的态度，攻击他就是因为他是证人。你的想法似乎是，只要被告觉得值得花时间让这个证人出庭，你就会觉得值得花时间对他穷追猛打，在交叉询问中击败他。”

“哦，我就是不想让陪审团觉得，只是因为他们的证人长得不像黑湖怪兽，所以无论他们说什么我都会同意。”

“等等，”贝斯打断他，“你不对证人进行交叉询问，并不代表你同意他的所有证词。”这一观点是詹姆士·W·琼斯（James W. Jeans）提出的，他的《出庭论辩技巧》一书直到今天仍然保持领先地位。（James W. Jeans, *Trial Advocacy*, published by West in 1974.）如果法官问你要不要进行交叉询问，你可以简单地回答“我想不必了，法官大人”。

“但是你刚才回避了我指出的问题，你必须明白这个问题。”贝斯说，“在对证人进行交叉询问时，所做的一切都必须符合论证的目的，否则就不要去做。攻击客服经理的可信性，不符合我们论证的目的，它反而妨碍了我们。”

“你瞧，”贝斯接着说，“虽然你每天在法庭上看到的情景都是千篇一律，很乏味，但是实际上交叉询问证人的技巧有上百种之多。所有这些技巧可以分成两大类：你要做什么？你准备怎样去做？这两个问题的答案在于你的论证目的。”

“从‘你要做什么’这个问题出发，接下来你就要问自己究竟是否有必要进行交叉询问。”贝斯说。

“抱歉，打断一下，”迈克尔说，“我知道自己不该对客服经理不依不饶。但是，一个自尊自重的律师怎么会不去交叉询问对方的证人呢?”

“问得好，”贝斯答道，“有一个再好不过的理由，因为看起来他们给你下了套。”

“什么意思?”迈克尔问道。

“对方进行直接询问时，莫名其妙地留下了一个重大疏漏，而这正好是你一直在等的机会。实际上，这时候圈套就已经设下了。你却没有发现对方律师放在地板上的奶酪上面拴着细线，还在得意地琢磨：‘啊哈！这家伙丝毫没有提到这个问题，因为他害怕我在交叉询问中问到它。’

“于是你扑了上去，没想到，证人早就准备好了一个漂亮的答案，把你的论证戳了个大窟窿。而正因为是你提出的这个问题，麻烦就更大了。”

“干吗不绕开对方的诱饵进行交叉询问呢?”迈克尔问道。

“有时候你必须得这么做，因为，证人在直接询问中提到的其他问题非常重要，不能置之不理，并且你手头上还有一些很好的交叉询问材料可以用。不过，如果你察觉到这里有圈套，那么你就必须假定，即使你谨慎地避开诱饵问题，但是只要你稍微接近它，这个证人——特别是专家证人——就会脱口说出事先训练好的回答，它会要了你的命。”

“这意味着，”贝斯解释道，“你必须权衡其中的风险和收益。这会很难，因为对方说



出‘没有问题了’之后，你只有10～15秒的时间作出决定。如果你感觉到有什么猫腻，却不知道到底是什么事、会有多糟糕，那么就会尤其困难。

“当然，如果你怀疑它是个圈套，但是还决定要碰碰运气进行交叉询问，那么你得做好准备，等证人抛出杀手锏之后问他：‘这些是马丁律师让你这么说的，还是你自己决定要这么说的？’有时候你根本就不在乎证人怎么回答这个问题。”

“你现在明白我说的了吗？”贝斯问。

“明白了，”迈克尔回答，“也许交叉询问中还有些我不知道的事情。”

“我们这才刚刚开始，”贝斯说，“既然你觉得要进行交叉询问，那么现在的问题是，你要问什么。”

“有些问题，无论多么诱人，你都不要去问。

“首先，交叉询问的目的不是为了使直接询问中的证词更圆满。你不是对方律师团的成员，你也没有义务加强他们的论证。所以在开始交叉询问时不要说‘我想澄清几个你在直接询问中提到的问题’，这句话说明，你同意证人刚才的证言，除了几个小瑕疵以外，其他部分都没有问题。更糟糕的是，如果你老是重复这句咒语‘我要澄清一些事实’，你就会认为这正是你要做的事情。

“其次，交叉询问的目的不是要求证人提供信息，说出一些你不知道的事情。交叉询问的真正目的是要你去证明——站在你自己的角度把证人描述的事件再描述一遍，让证人不得不同意，你说的都是真的。

“怎样才能做到这样呢？所有的著作、讲座和庭审示范表演中传授了各种各样的技巧，进行仔细筛选后，你会发现有三种基本做法。

“首先，进行建设性的交叉询问——不要驳斥证人在直接询问中作证的内容，而是让她说出对你的论证有利的证词。

“其次，利用证人去证实你的证词，表明你掌握的信息实际上比他/她的更可靠。

“最后，正面攻击证人的品格和诚信。如果不是对你的论证非常重要的话，选择这种做法通常是个错误。因为它往往会引发一场个人战争，法官和陪审团在你和证人之间会选择支持证人。”

“我明白了，”迈克尔说，“不过我觉得自己并没有攻击客服经理的品格。”

“没有吗？”贝斯说，“或许是你说的那句‘你是当时说了谎，还是现在在说谎？’让我误解了你。”

“这样吧，我给你举一个建设性交叉询问的例子。假设你接受一位女士的委托，在她等红灯的时候，被告开着重达6 500磅的SUV从后面撞上了她的车，使得她的后背严重受伤。责任归属毫无疑问，但是问题出在伤残的原因上。这位女士的骨科医生证明，因为受到冲击，她脊椎底部三节椎间盘发生断裂。但是被告方的专家证人则认为，她的伤情是由脊椎慢性关节炎造成的，与交通事故没有关系。”

“你应该去反驳被告方医生的观点吗？你的医生已经做出鉴定，很好地完成了他的任务。此外，原告在遭遇车祸之前在一家水表厂工作，每天在磨床上加工30磅重的黄铜铸件，但是车祸后她再也不能去上班了。所以，为什么你不去做些有意义的事，而是让被告的医生再次解释其观点呢？”

“比方说什么有意义的事情呢？”迈克尔问。

“比方说，被告医生同意原告高度伤残，这根本不可能是她假装的。尽管她的背部已经做了三次手术，但前倾的角度还是不能超过15或20度。她必须服用大量的止疼片，那将使她不可能再开车或是操作任何机器。从她的情况来看，实际上她再也不能从事机械师

的工作了。”

“当你一步步展示所有这些有力的证据时，医生希望你能按照他的观点去关注造成原告现状的原因。所以他承认对于这些事实他没有异议。但是在你描述出这位女士背部受损有多严重之后，不要去攻击关节退化的说法，你只要停下来说：‘谢谢你，医生。法官大人，我们没有问题了。’”

“可是，难道被告律师不会在再次直接询问阶段重新提出医生的意见吗?”迈克尔问。

“他们很可能想再提出来，但是那已经不起作用了。首先，因为他们已经提过这一观点，其次，它超出了交叉询问的范围。”贝斯答道。

“那么，为什么交叉询问没有超出直接询问的范围呢?”迈克尔又问。

“她病情的严重性、未来手术的徒劳、她承受的痛苦、药物治疗的副作用、行动受限的情况等等，凭借对她病情的了解和判断能力，这些问题医生都能够作证说明。根据法律规定，这些都是基本信息。但你要就此打住。”

迈克尔看起来很惊讶。“你是怎么知道这些东西的?”他问。

“这次交叉询问是我办理过的一个案子里面的。”贝斯说，“我做好了回应的准备，这样的话，如果被告要攻击我的交叉询问，我就可以很好的防守了。一定要假设对方会竭力阻止你进行有效的交叉询问。而且你不能指望自己能快速想出应付对方异议的办法，所以你必须提前做好准备。”

“好的。”迈克尔说，“那下一个类别——让证人去证实你的证词，这个该怎么做呢?难道它不是‘正面攻击证人’的花哨说法吗?”

“不，”贝斯说，“这两者完全不同。一个是用来证明证人所说的话不真实，它强调的是说话的内容，不是说话的人。另一个则是对证人诚信、正直品格的人身攻击。二者的区别在于，一个是说‘我不知道是否该赞成你的说法’，而另一个是说‘你是个天生道德败坏的骗子，为了一点蝇头小利就会出卖祖宗’。”

“不要肆意攻击证人，这种手法的含义是，利用证人来证实你提供的信息很可靠，陪审团可以信任你会讲真话。”

“哦，算了吧，”迈克尔说，“交叉询问里面说这个，不是扯得有些远了吗?‘阿伯内西先生，与您相比，我更适合做证人，对不对?’这种说法有谁会表示同意?”

“不是通过发问来告诉陪审团要想些什么，你应该向他们证明。”贝斯说，“你先表明证人在直接询问中说了什么。然后再表明她在书信中、报告中或者庭前附誓陈述中说了什么，她承认你说的是对的，或者无须她承认，明摆着你是对的——因为她以前的说法和今天的不一样。这个简单的过程告诉陪审团，你比证人更仔细和更准确。”

“希望做起来像你说出来一样简单。”迈克尔说。

“那要看你是否留心自己是怎么做的。”贝斯说，“首先要记住，你是交叉询问人。由你——不是证人——来决定要谈些什么。你要找到证词中的每个矛盾之处。既然事情由你挑起，那么你就要挑那些确定能胜出的地方。然后以你喜欢的方式把这些矛盾之处组织成简单的提示性问题提出来。”

“证人出错的地方是否重要，只是你选取矛盾之处的一个标准。更重要的是，如何才能简单明了地说明，你是对的而证人是错的。即使你不能证明自己正确的程度也没有关系。”

“这种做法讨人喜欢的地方在于，你会对自己如何指出证人的错误和矛盾感到非常愉快。这种感觉不仅让你在进行交叉询问时变得更轻松，而且也更容易让陪审团相信，每当你提出一个新问题时，早已将正确答案握在手中。”

“好的，”迈克尔说，“谈谈第三个类别吧——庭审风暴行动?”

“这一种做法你已经知道了。”贝斯说，“有时候你必须向证人发起攻击。但是有两个忠告：第一，你必须确定是不得已而为之；第二，记住欧文·杨格所说的‘交叉询问是突击，不是诺曼底登陆’。”

第51章 交叉询问的真正目的

文森·沃波尔教授在法学院开设了“商事诉讼”的法律培训课程。课程中的一部分内容是由当地的几个律师讲解的交叉询问。

沃波尔教授来做开场白。“交叉询问的目的，”他说，“就是捅对方论证中的软肋，揭露对方在事实和观点中存在的谬误。出色的交叉询问就是抓住看上去可信的证人，从逻辑上和情感上把他撕成碎片。”

沃波尔继续说道：“交叉询问是诉讼过程中最难和最耗费精力的部分，因为它相当于法庭上的肉搏战。”

“我也是这么想的。”迈拉·赫伯特（她真正的专长是法律界政治活动）说，“诉讼就是一场战争，目的就是获胜！最好的着手点就是摧毁敌军的兵力。交叉询问为你提供了很好的机会，让你能够集中优势的火力，横扫那些胆敢为对方那些强盗小偷辩解的人。”

“我是说，如果让对方证人安然无恙，就是个严重的错误。”她说，“商业诉讼的首要原则是‘不留活口’。”

“我完全同意你们的观点。”卡特赖特·布坎南说，他马上就要成为温迪斯特姆与克拉舍联合律师事务所的合伙人了。“达到这个目的的唯一办法就是，死死地控制住证人。你绝不能让任何证人从你那儿逃掉，不然你就死定了。如果对证人痛下杀手需要选择时机的话，那么交叉询问一开始就要下手，这样证人从一开始就知道，是谁在控制局面。”

“真是哗众取宠！”原告律师弗拉什·马格鲁德说，“要是这样对待证人，大家难道不知道你在陪审团那里会损失什么吗?”

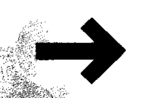
“这一次我同意弗拉什的观点。”芭芭拉·斯汪森说，他办理案件的时间要比我长。“这就又回到了交叉询问的目的上来，交叉询问的目的是使用对方证据中有利于你的那一部分内容。很多情况下对方的证人都会认同你提出的一些最重要事实。但是如果你对待证人这么粗暴，陪审团会感到很气愤，这种情况就不会出现了。”

“大家都没有抓住问题的本质。”崔奇·斯特里克兰说，他的本名是比利。“交叉询问不是控制证人，不是获取信息，也不是攻击证人的可信度。而且它当然也和真相没有关系——尽管威格莫尔（Wigmore）曾说交叉询问是发现真相的伟大引擎。”

“不，”斯特里克兰反驳道，“交叉询问的真正目的是，在对方证人作证时，让你可以有机会论证自己的观点。他们每传唤一个证人，就是在他们论证自己观点的过程中，给了你一次总结陈词的机会。”

这时沃波尔突然想起，他应该让所有的人都加入到讨论中。“安格斯，”他叫道，“前面这些观点你同意哪一种?”

安格斯笑了笑。“我首先要说的是，”他说，“你是自己案件中最重要的证人。实话说，你得维护你的委托人，替他们说话。你是你们这一方第一个开口说话的人，你得让法官和



陪审团相信你的‘证言’。”

“你要成为引路人——法官和陪审团相信你能够带领他们穿过错综复杂的案件事实。尽管你从没有像证人一样举手宣誓说自己讲的都是事实，事实调查者们还是通过你的讲述才了解了一些非常重要的信息。”

我坐在房间的后面，打开我的小录音机，录下了他所讲的内容。

在任何一个案件中，你都有三次“作证”的机会：开庭陈述、交叉询问、最后陈述。如果加上陪审员资格审查阶段，那就有四次。

但是你可能会说，等一等，陪审员资格审查、开庭陈述和最后陈述，这些差不多还能说得通。律师讲，事实裁判者们听，所以即使从技术上来说他们不是作证，但是也挺像了。

但是交叉询问却是另一回事儿。这时候真正的证人就在证人席上，律师只是提问。这怎么能算“作证”呢？

很简单。

因为你有权在交叉询问中提示证人。

暂时先停一下。即使你不需要去提示某个证人，这仍然是个不错的办法。想想它隐含的信息是：不要太相信这个人，你必须告诉他，应该说些什么。这才是你通过交叉询问想要传递的信息。这也说明了，为什么通常情况下你不应该在直接询问中提示证人，即使对方没有异议也不要这样做。

再回到交叉询问。如果你能用正确的方式提问，那么就是你来说，证人承认你说的一切都是真的（不管他有多么的不情愿）。在成功的交叉询问中，你才是真正的证人，而站在证人席上的那一位仅仅是在证明你的证言的准确性。

从这个角度来看，交叉询问为你提供了一个机会，让你能够以自己的方式来讲述证人的故事。不要通过交叉询问向证人获取信息。你已经知道这些信息了，就借交叉询问来让陪审团了解案情吧。

好吧，你或许会说，那怎么做才对呢？

使用简短的提示性提问，它们实际上是对事实的简单陈述。

问：你当时是在第三街与普罗克特大道的交叉口吗？

答：是的。

问：在波士顿借贷行前面？

答：是。

问：它实际上是个典当行，对吗？

答：对。

问：当时已经是晚上10点以后了吗？

答：是的。

问：波士顿借贷行已经关门了吧？

答：没错。

大家都说到过，简短的提示性问题能够帮助律师控制证人。的确如此。没有什么比简短的提示性提问更能让大家集中注意力——法官、陪审团、证人和你自己。

但是更重要的是，简短的说明性的陈述——把它们暂且称为问题——是让人们听懂你证言的最佳方式。回顾一下刚才那个交叉询问的片段，看看它是如何快速描述出场景的。如果你是案件中最重要的证人，你要让自己所有的证言都那么清楚明白。你是专业的沟通

者，你所说的每一句话都必须能够让人迅速理解。

在交叉询问中清理你的语言就是为了让人迅速理解。扔掉那些多余的引言，不再使用结束语，剔除那些没有任何作用的词。

为什么？

凌乱的语言会阻碍人们迅速理解。让我们再来看一看那段交叉询问，这次要加上一些常见的废话。

问：现在，威廉姆斯先生，我来问你一个问题。这句话对不对，你当时是在第三街与普罗克特大道的交叉口，难道不对吗？

答：是的，是对的。

问：那么，这句话是不是也是对的，当时你正站在一家名为“波士顿借贷行”的公司前面，是这样吗？

答：是这样，我确信。

问：那么不知道我这样理解是否正确，那家名叫“波士顿借贷行”的公司实际上就是通常所说的典当行，是这样吗？

答：是一家典当行，没错。

问：那么现在，将您的注意力转向那天的时间，当你站在波士顿借贷行前面时大约是晚上10点钟。这一点正确吗？

答：我相信就是这个时间。

问：那么如果可以的话，请告诉陪审团的女士们、先生们，波士顿借贷行当时已经关门了，是不是？

答：根据我的回想，是的，你说的是对的。

这一次你花了多长时间才在头脑中构建出整个场景？尽管你此前已经知道它是怎么回事了，但是有用的信息被多余的词句所掩盖。

如果你觉得这些理由还不够促使你去清理杂乱的语言，那么就把这两次交叉询问大声朗读出来。顺便说一句，你要注意到提问越长证人的回答也就越长。律师给交叉询问定了调，啰唆的提问就会得到啰唆的回答。

如何才能训练自己提出简洁的问题呢？

第一点，想象你自己在讲述这个故事。你只要将自己要讲述的内容分割成一个一个很小的要点，而证人不得不承认这些要点是准确的。

第二点，这一点说起来容易做起来难：练习。

仅仅知道怎么做还不够，还需要通过多次练习才能养成这种说话习惯。

现在，暂时不考虑交叉询问的技巧问题，先来想一想，你能够从一次普通的交叉询问中得到多大收获。

收获并不多。

你必须用自己的方式讲一小段故事。你偶尔阐明一个有用的事实，挖掘出证人证词中的几处矛盾。你提的问题表明证人带有偏见，这时会让他感到不安。

但就算有这些缺陷，人们还是不想放弃交叉询问，即便是最单调的交叉询问。

为什么？

因为除了论证以外它有其他的用处。

每一次交叉询问都是你和证人之间的比赛。

意识到这一点，会让我们许多人觉得，交叉询问的目的在于彻底打败证人。

恰恰相反，交叉询问真正的目的是要向法官和陪审团表明，你比证人更可靠。

这正是你不应该去攻击证人的原因，除非你确信，陪审团希望你攻击他。如果律师把一个正派的人当做天生的骗子来猛烈进攻，那么陪审团一定会同情证人而不会支持律师。

如果他们不喜欢你而喜欢证人席上的那个人，他们就不会觉得你比他更可靠。

如果交叉询问的关键就是要赢得你和证人的比赛，那你要怎样做呢?

向陪审团证明你更可靠。

从一开始你就有巨大的优势。你问的每一组问题都是你和证人之间的一个回合。哪些问题要问，哪些不要问都是由你来决定的。

这简直就是让你选择比赛内容，因为争夺的目标由你来决定。

如果你想指出他自相矛盾的地方，你就可以指出。

如果你想证明他存有偏见，你就可以证明。

如果你想纠正证人的错误，你就可以纠正。

在这种情况下，如果证人咬了钩也很难让人觉得他应该发火，因为这本来就是你要他做的事情。让我们看看在这个过程中，你可以表现得多么有礼貌：

问：请原谅，多伊尔女士，你看到的那辆绕着街区转圈的小汽车是绿色的，对吗?

答：不，它是蓝色的。

问：你确定它不是绿色的?

答：确定，它是蓝色的。

问：可是你对兰德尔警官说它是绿色的，不是吗?

答：我没说过。它是一辆蓝色的汽车。

问：请看看你给兰德尔警官写的书面陈述。上面说是绿色的，是吧?

这算是具有摧毁性的弹劾吗?

很难说是。但是可以确定的是，谁对案情了解得更清楚。

这种技巧在那些不值得大动干戈的小问题上确实很有效。

问：当时在2003年10月，对吗?

答：不对，我认为是11月。

问：道尔女士，请再快速浏览一下那份书面陈述。它是2003年10月吧?

答：是的，我猜是这样的吧。

问：我不是让你猜，道尔女士。上面写的是10月吧?

答：是的。

问：你确定是10月吗，还是确实要把它改成11月?

答：不需要，10月应该是对的。

这个回合谁赢了? 律师赢了，而且是两次。

一旦你把交叉询问看作是一个展示你自己比证人更可靠的时机，你就会发现机会无处不在。每一组问题都像是你和证人之间的一个比赛回合。你的表现决定了比分：

- 你过于强调某个问题的时候，就会输了这个回合，因为陪审团不会相信你对案件事实的看法。
- 强词夺理会带来惨重的损失。强词夺理的水准最低，它代表着你只能这样去做，没有正当的事实依据。
- 如果陪审团看到你在交叉询问中核对案件事实，那么这个回合你至少已经取得了一半的胜利，因为让他们觉得你做事很仔细。
- 如果证人有的地方想不起来了，而你提醒了他，这个回合你就胜出了。

- 如果证人找不到某个内容在文件的什么地方，而你告诉他在哪里，这个回合你就赢了。
- 如果证人避开了你的问题，你也别太认真。你应该高兴，因为这表示他不想回答你的问题，而你就有机会把这一情况展示给陪审团看。“马克思威尔医生，是什么原因让你不想告诉我们你有没有做过检验?”
- 如果证人说“你说是什么就是什么吧”，那么你也赢得了比赛。就像小狗服输的时候四脚朝天躺在地上一样，证人这么说的意思就是“我投降”。

你还可以继续向陪审团表明你是对的。所以你会说：“不是我说是这样就是这样，西森女士，是你在信里这么写的，不是吗?”

完成交叉询问的时候，你要给陪审团留下的印象是：

谨慎

公正

诚实

并且你比真正的证人更了解案件事实。这样你就是值得信任的引路人。

第 52 章 闪烁其词的证人

贝斯厌恶地瞪了证人一眼。她故意地走回到律师席，狠狠地把黄色便笺本摔在桌子上，然后说“我没有要问的了，法官大人”。她刚刚结束对证人的第一次交叉询问，这个证人是迈克尔·芬尼根博士，一位经济学家，他被认为是这个城市最难对付的证人。

迈克尔·芬尼根参加庭审的次数甚至比很多经验丰富的律师都要多，他所知道的如何回避一些麻烦问题的方法，甚至比最全面的交叉询问指导书所列举的方法都要多。这是贝斯第一次与“大名鼎鼎的芬尼根”交手，所以她请安格斯前来观看庭审。庭审结束后，贝斯让安格斯给点意见。

“你觉得怎么样，安格斯?”贝斯问道，“对于第一次交锋来说还算是不错吧？啊?”

安格斯笑了。“从逻辑论证上来说，你打败了他。”他说，“我听得很仔细，你证明芬尼根的结论依据的只是一些未经证实的假设。”

“可是你要做的不仅仅是在逻辑论证上取得胜利，”安格斯说，“你自己感觉如何?”

“我觉得自己让他变得规规矩矩的了。”贝斯说，“我让他一点小动作都做不了。每次他想对自己的话进行‘解释’时，我都会打断他。每次回答完问题他想主动说点什么时，我都会制止他。每次他想加点什么其他内容时，我都会把他做过的事情抖出来。我得说，比分是——律师 10 分，经济学专家 0 分。”

“我来问问你，”安格斯说，“证人回答你的问题时闪烁其词，你会怎么想?”

“要说出我的真实想法吗?”贝斯问，“我恨透了这样的证人。我觉得他们就是要捣乱——尽其所能破坏我的论证。我有权提出我的问题，他们就应该照直回答，而不是去玩些可恶的文字游戏。不过还好，至少我还有点技巧可以对付他们。”

“我就知道你会这么想。”安格斯说，“现在我可以回答完刚才的问题了——要是你愿意听的话。”

“当然，”贝斯说，“不然我就不会问你了。”

“就像我说过的，”安格斯说，“从逻辑论证上来看，你的询问很精彩，你赢了，而且易如反掌。但是从情感表现上来看，芬尼根大获全胜。交叉询问结束的时候，每一个陪审员都坚信，你不让这位单纯的经济学教师把他要说的话说出来。看起来好像你把他痛打了一顿，但是这会让你在审判结束前付出一些代价。”

不仅仅是逻辑论证

贝斯的问题很典型。这个问题总是困扰着交叉询问的熟手——他们不再提出又臭又长的问题，不再向证人询问“为什么”了。

这些熟手在询问证人的技巧方面已经颇有心得。他们很清楚，对于律师来说，交叉询

问是一个特别的机会。它不仅仅是为了在证人讲的故事中挑刺，它还是一个让律师成为证人的好机会。它让律师可以自己作证，如果他做得好的话，证人就不得不承认律师所说的内容是正确的。干得漂亮的话，证人回答问题时的那种不情愿反倒是证实了律师所说的话。

交叉询问的规则也有助于形成这种印象。在交叉询问中，你可以提出提示性问题。这不仅仅是为了控制证人，它还让人下意识地认为证人不太靠得住——因为他需要别人告诉他该怎么说。证人如果答非所问，那么正中律师下怀，因为交叉询问就是要让律师说出"故事中没有被讲出来的内容"。

但是，在向法官和陪审团提供事实的逻辑论证过程中，闪烁其词的证人确实妨碍了沟通，就像粥里的老鼠屎一样让人讨厌。他们每一次东拉西扯就会阻断信息流，冲淡律师营造的效果，用另一个话题分散法官和陪审团的注意力。

所以，已经成为熟手的初审律师常常掉进安格斯所遇到的陷阱。他们痛恨证人闪烁其词，一有机会就把他们压制下去。

但是，交叉询问的目的不仅仅是要向法官和陪审团传递信息。它还要给人留下恰当的印象。《摸得着的证据》(*Tangible Evidence*，1987) 一书的作者，华盛顿特区的迪纳·赛姆尔，认为多数情况下人们在交叉询问中真正能够阐明的事实并不多。

"正常情况下，你已经在自己的主诉举证中证明了你要证明的所有事实，"赛姆尔说，"所以交叉询问的关键不完全是获取信息，而主要是揭露对方。交叉询问的目的就是要区分出谁是好人、谁是坏人。"

赛姆尔的看法很好。过分的控制证人并不好，就像你的邻居遛狗时把皮带拴得太紧，那条狗快要被勒死了。也许你本来并不喜欢那条狗，但是很快你就会因为它被虐待而同情它。

对闪烁其词做好心理准备

你也许不会相信自己会做这样的事情，那么你可以看看其他律师在交叉询问中的表现。你会惊讶地发现，很多律师把答非所问当作是对他个人的冒犯。一旦律师开始感情用事，局势很快就会变化，几分钟后人们就会觉得对方是"好人"。

现在你知道问题在哪儿了。我们往往把那些闪烁其词的证人当作怪客来对待，认为他们这么做就是故意惹人恼火。

但是事实是，闪烁其词是一种正常现象，因为：

- 证人认为自己和传唤他们出庭作证的人是一伙的。
- 他们认为交叉询问人就是要"歪曲"他们的话，让他们说出他们不想说的事。
- 他们没有训练过如何严密思考、准确回答。
- 一连串的提示性问题和他们刚才接受直接询问时的问题不同，而他们无法如此迅速的适应提问方式。
- 他们想反抗律师的支配，不想只是回答是或不是。

你应该对闪烁其词的回答做好心理准备，因为它很正常。而且，如果你知道证人为什么会这样，你就不大会感情用事了。

把前面这一段再读一遍，它是本章最重要的观点之一。如果你学会了不把证人的闪烁其词太放在心上的话，你就能更好地掌握交叉询问。

不要堵住证人的嘴

安格斯最喜欢说的一句话是“交叉询问不是愤怒讯问”。他是对的。你一对证人发火，就容易做下面这些事儿：

- 吓唬证人
- 挖苦证人
- 坚持自己的观点
- 打断证人的回答
- 坚持让证人回答是或不是
- 向法官求助

你要是觉得不能做的事情太多，那就看看能够做的事情有哪些。

1. 主动承担责任

这种情况每天都会发生。你对原告的医生就其诊断结果进行交叉询问，问他在得出结论前有没有给原告做过腰椎穿刺。

但是，这位医生非但没有回答他是否做过腰椎穿刺，反而喋喋不休地讲了 5 分钟腰椎穿刺的危险性以及它给病人带来的痛苦。

对你来说，这是医生在回避你的问题吗？

当然是。你问的是“有没有做过”，然后他却告诉你“为什么不做”，他的一番讲话把大家的注意力从你要证明的事实上转移开了。

对于陪审团来说，这是医生在回避你的问题吗？

不能这么说。你问的是腰椎穿刺，他就讲了一大堆有关腰椎穿刺的事情。这难道不正是你想要的吗？

当然不是。但是，他们此时还不知道。

不要命令证人直接回答问题，也不要请记录员把问题读给证人听——这会严重影响整个交叉询问的速度，因为记录员不得不回过头来仔细审阅那张几英尺长的、成折扇状的速记打印纸。你还是主动承担责任吧。

问：很抱歉，医生，我本来是想问你，有没有给布拉特纳先生做过腰椎穿刺，你能回答这个问题吗？

这样就会发生两件事。第一，你为人不错。第二，陪审团这时就明白了医生刚才是不想承认他没有做腰椎穿刺。

2. 再问一次

随着局势升级（这种情况时有发生），继续承担责任会让人觉得厌烦。你可以把问题再问一遍，完全按照你第一次提问的方式。但是要注意你的语气——要记住自己是个好人。

正如北卡罗来纳州罗利市的查尔斯·L·贝克顿（Charles L. Becton）所说：“当你第二次提出同一个问题时，你要有心理准备对手会提出异议，说你已经问过这个问题了。这时你可以说‘我是问过了，法官大人，不过证人还没有回答呢’。”

3. 让证人解释

已故的欧文·杨格曾经讲授过“交叉询问的十戒律”，参加过这一训练的律师们学会

了“绝对不要让证人解释”。

为什么？

担心他可能会说一些对你不利的事情。

但是如果你仔细想一下，你就会意识到，即使他现在不说，他在再直接询问中也会有机会说出来——随之而来的往往是针对性很强的问题：

问：这个问题迈克尔哈尼先生没有问，那么我来问吧。你为什么没有给布拉特纳先生做腰椎穿刺？

所以，陪审团极有可能迟早会听到不做腰椎穿刺的原因。也许现在让他们听到会更好，因为这时候你还有机会对证人的一些理由提出质疑。无论如何，总比等到再直接询问的时候说出来好。

但是，很多律师却不这么想，他们坚信，让证人在交叉询问中进行解释就像是被眼镜蛇或是致命的矛头蛇咬了一口，会即刻痛苦无比，必死无疑。

所以为了防止这一可怕的结局，只要证人的回答超出了“是”或“不是”，他们就想尽一切办法打断证人。他们大声地说“谢谢你”、“请回答我的问题”、“请你只回答‘是’或‘不是’”、“你没有听清我的问题”或者“法官大人，你能指示证人回答这个问题吗？”等等试图打断证人的回答。

现在是谁在闪烁其词呢？

是律师。我们来看看他的闪烁其词所传达出的真正信息：“这件事情太糟糕了。如果你知道了，就可能改变你对整个案件的看法。请不要听他说的话。”

几乎可以肯定，试图打断证人是个错误。首先，你不可能赢得这场“谁是好人”的比赛。其次，即使你暂时阻止了证人，往往对方还是会提出异议，说你打断了证人的回答，并且法官十之八九会说：“让证人解释他的回答。”

这样的话，还不如让陪审团觉得证人在庭审中表现得有点过于维护自己一方的利益，你的处境就会好得多。

4. 这是否表示你承认了

这句话可以把证人的所有废话摘出来，扔到一边。你可以在腰椎穿刺的案件中试试这一招。等医生一结束他的长篇大论，你就说：“请原谅，医生，你是说自己没有给布拉特纳先生做过腰椎穿刺，对吗？”

5. 是你的律师让你这样说的吗

这句话很容易让人觉得你傲慢无礼，所以你必须谨慎使用。但是如果你说出这句话时眼里闪着光亮、脸上带着笑容（就好像在说“嗨，你这个不老实的家伙，我知道你要干吗”），这句话会很管用，特别是你知道证人自己是不可能说出这样的托词的时候：

问：詹森先生，你看到拖拉机向你开过来的时候，有没有靠边停车？

答：哦，我遇到这种突发的紧急情况时，采取躲避措施完全没有现实可能性……（接着他花了三分钟时间把事前准备好的内容说了一遍。）

问：请原谅，詹森先生，是你的律师让你这样说的吗？

6. 我很抱歉，但是证据规则不允许我回答你的问题

回避问题的一种方法是反问一个问题。这也是经常发生的，当证人提出反问时，很多律师处理的并不好。他们往往会回应道：“你好像没搞清楚，我才是律师，而你是证人，

应该是我来提问，你来回答。”

这样回应有什么问题吗?

问题多了。首先，只要你说因为你是律师所以享有特权，这场“谁是好人”的考试里你就会不及格。其次，现在是你在回避问题，而不是证人。

你可以试试这种回应。“我很抱歉，威廉姆斯先生，但是证据规则不允许我回答您的问题。如果他们同意的话，我倒是很乐意解释你应该做些什么。”这样的回应除了能够避免和证人发生争论以外，还可以让你在审判结束前有时间考虑如何回答证人的问题，你就可以在最后陈述中向陪审团解答——此时证人无法对你的解释再作出任何评论了。

7. 这是你能给出的最佳答案吗

有些时候，对方的专家证人会回避一些棘手的问题而不是直接回答。所以迪纳·赛姆尔喜欢在交叉询问的一开始就设定好她的回应：

问：芬尼根博士，你已经对本案的鉴定工作了好几个月了，是吗?

答：是的。

问：事实上差不多有一年了吧?

答：是，没错。

问：你已经记录过庭前附誓陈述了?

答：是的。

问：你也已经考虑好直接询问中怎么作证了吧?

答：是的。

问：你已经考虑好怎么回答这些棘手的问题了吧?

答：是这样。

问：那么你已经完全准备好了，可以回答这些问题了吧?

答：是的。

这是为接下来的询问所做的准备，如果证人想要把一个棘手的问题搪塞过去，那么赛姆尔就会问：

问：我想知道，这是不是你最好的答案。这是你对这个问题能够给出的最好的回答吗?

答：是的。

后来赛姆尔在最后陈述中说：“大家一定记得，关于这一点我已经问过芬尼根博士，他说那是他能给出的最佳解释。”

8. 这个由陪审团来决定

你问证人他当时是否有机会靠边停车。他没有直接回答“是”，而是给你做了一番演说。

答：嗯，律师，我踩了刹车。这是在当时的情况下能够采取的唯一正确的措施。

这时你就可以回应：

问：雷诺先生，你做的事情是否正确，要由本案的陪审团来决定。他们需要知道的仅仅是，你是否靠边停车。

第 53 章 证人记不起来了

辛迪·吉尔戈走进第一联邦汤与三明治餐厅，和我们一起坐在后面的卡座，过了很长时间都没有说话。

“怎么了，辛迪?”我问道，“看上去你像是遇到了什么大麻烦。”

“总该有什么办法可以对付谎称自己想不起来的证人吧。”辛迪说，“简直让人受不了。这个证人是我见过的最会选择性失忆的人。只要我稍微提到有点重要的问题，他的记忆力就逐渐变差。我甚至还问过他，他是不是在接受治疗或者服用某种药物，才会导致记忆力衰退。”

“这可是我做过的最痛苦的庭前附誓陈述记录，”她说，“我知道他在撒谎。他也清楚我知道他在说谎。我甚至偶然看到，他说自己想不起来的时候竟然在笑。他的律师也知道他在说谎，而且他也知道我心里明白。”接着她大声喊道：“可是我却无能为力!”连坐在吧台前绿色高脚圆凳上的人都听到了。

“这确实是个问题，”里吉斯·麦科密克说，“而且很可能是律师教证人这样做的。”

“哦，我可不信。”迈克·皮列利说。

“你不信?”里吉斯反问道，“那我来问问你，辛迪。这个案子的对方律师是不是收费高昂的温迪斯特姆与克拉舍联合律师事务所的?”

“你是怎么知道的?”辛迪问。

“这不完全是猜的，”里吉斯说，“我有个朋友在温迪斯特姆与克拉舍联合律师事务所工作。我就叫他‘鼹鼠’吧，因为我不能告诉你他的真实姓名。他喜欢钱这类的东西，但是对于他们所里干的很多事情他并不赞同。总之，他告诉了我一些他们使的诡计。”

“鼹鼠参加了一次准备证人的会议，那是温迪斯特姆与克拉舍联合律师事务所正在代理的一件产品责任的大案子。他们的一个合伙人确确实实地告诉证人，‘忘掉’有害的信息完全没有问题。”

“太令人气愤了!”辛迪说。

迪克·马吉尔说：“这在很大程度上要看律师说了什么、在什么情况下说的。告诉证人回答的时候不要去猜测，这是一回事。如果他们真的不知道，或者真的想不起来了，那就直说，因为这没有什么大不了的。

“但是，如果律师知道这个重要信息证人是记得住的，却向他暗示，处理这个问题的好办法是‘暂时忘掉’这些内容，那么，这就完全是另外一回事儿了。

“你最好还是要注意自己指导证人的方法——不管他是不是你的当事人，”安格斯说，“教唆别人作伪证是丢掉执业证的好办法。”

“我知道。”里吉斯说。

“有一件事是肯定的，”马吉尔说，“这样做的并不仅仅是那些收费高的律师事务所。

让我脊背发凉的是，有个律师在提出异议时竟然说‘反对，除非他还记得’，以此来暗示证人怎么做。”

“所有这些话正好证明了我的观点，”辛迪说，“大家都在抱怨这个问题，却没有人能够解决它。好像证人想要‘记不起来’的时候，你就无能为力了。”

“你说对了一部分，”安格斯说，“法律在应对真的想不起来的证人的时候还是有一些办法的，比应对不老实的证人管用。

“如果证人确实记性不好，你可以问一些提示性的问题来帮助他回忆起来。就像《联邦证据规则》第611条规定的：‘对证人的直接询问中不应使用提示性问题，但为了完整展现证人证言的需要时不在此限。’毫无疑问，证人回忆不起来就是有必要使用提示性问题来完整展现证人证言的情形之一。”

“如果提示性发问还起不了作用，”安格斯说，“你可以使用‘当前唤起的记忆’，它和提示性发问非常类似。在唤起记忆的时候，你几乎可以使用任何方法来帮助证人回忆起他的大脑搜索功能暂时搜索不到的东西。可以用照片、香水、旧报纸，证人此前写下的东西，甚至可以用别人写下的东西。

“任何人——即使是像《危险！》（*Jeopardy*）这样的电视智力竞答节目的冠军——也会一时想不起来，法律有相当明智的办法可以克服这个问题。莫伊伦法官曾经在贝克案中精辟地论述过这一规则。（*Baker v. State*，35 Md. App. 593，371 A. 2d 699（1977）.）

“如果唤起记忆的方法也不管用的话，我们还有‘过去记录的回忆’，它是传闻证据的例外。法律在解决真的遗忘时很有效，但是解决虚假的遗忘时却差远了，因为我们的解决措施——提示性问题、唤起记忆、过去回忆的记录——都不是用来攻击证人的。

“攻击证人的一项主要手段——此前矛盾的陈述——对证人的遗忘也不起作用。证人如果说他记不起来了，那么几乎不可能用‘此前矛盾的陈述’来弹劾他，因为他上次做完陈述之后可能确实就忘了。一年前还记得的事情和现在记不起来的事情之间不存在什么矛盾之处。

“很奇怪，我们的救济手段和人们实际的行为方式不一致。因为最常用的遗忘方式是记忆出错。如果人们认为事情应该是怎样的，就倾向于按照自己的想法记住这件事，而不是按照事情实际上的情况去记住它。

“说谎与此不同。故意说谎是一种冒险的行为，所以除非万不得已人们一般不会去做。相比之下，仅仅说自己‘忘了’要容易得多——也轻松得多。

“这意味着，律师在各种调查言词证据的情况下——讨论、访谈、正式陈述、庭前附誓陈述、出庭作证等程序中——都要留心，有人说‘我想不起来了’的时候，他可能是在说谎。

“另一方面，制定规则时没有考虑到这一问题，并不能说明碰到这种情形你就无能为力了。”

“是吗？”辛迪问道，“比方说，在记录庭前附誓陈述的时候一个35岁的证人想不起来任何重要的事实了，你会怎么做？”

“有一个办法，”里吉斯·麦科密克说，“你可以把情况记录下来。只要对方律师用‘如果他记得’这样的话来暗示证人，你就要提出异议。并且，如果证人说自己想不起来的时候微笑了一下，你就应该说：‘请记录下来，证人说他想不起来的时候笑了一下。’”

“这可能会有点用吧，”辛迪说，“至少他再说谎的时候就不会笑了。但是我不知道这样做会不会让证人回答我的问题。你觉得呢，安格斯？”

“记录庭前附誓陈述的时候有一个办法非常有用，不要把‘我不记得了’当作对问题

的回答。”安格斯答道。

“那你究竟怎么做呢?”辛迪问。

“提出下面这样的问题。”安格斯回答。

对于这个问题，你以前知道怎么回答吗?

你告诉过谁?

有什么办法可以让你回忆起来?

关于这件事，你有没有可能写过备忘录?

它会在哪里?

哪份文件里可能有这方面的信息?

有没有其他人可能知道?

对此你听说过什么?

谁可能知道在什么地方可以找到这些信息?

如果你必须回答出这个问题，那么你会去哪里找答案?

你知不知道，如果你找到了答案或是想起来了，你就有义务把它告诉我们?

“哇!”里吉斯感叹道，“这些问题太棒了!”

“但是最后一个问题是怎么回事?”迪克·马吉尔问道，“如果庭前宣誓作证的证人不是当事人，他就没有义务告诉你他找到答案了。”

“没错，”里吉斯说，“但是他仍旧有道义上的责任。如果等到他出庭作证时才首次听到他说出答案，那么你可以用庭前附誓陈述中的这一串问题来损损他。”

辛迪开始露出微笑。“我喜欢这些庭前宣誓作证的问题，”她说，“但是如果证人在庭审中‘忘了’，那怎么办呢?”

“如果证人在庭前附誓陈述中作了回答，”安格斯说，“你就处于优势。

“第一，如果庭前附誓陈述和她的当庭证言不一致，根据《联邦证据规则》第801条的规定，你就可以把庭前附誓陈述作为‘此前矛盾的陈述’提交给法庭。

“第二，根据第803(5)条的规定，你还可以把它作为‘过去记录的回忆’提交给法庭。这时你就得让他承认他的庭前附誓陈述是准确的，不过这只是其中的一部分乐趣。

“第三，根据第804(b)(1)条的规定，你可以把它作为‘此前的证言’提交给法庭。如果他说他现在想不起来了，在该规则规定的用途之下，他就是‘无法出庭作证的证人’，而这正是这一证据可采性事实基础的一部分内容。

“无论你选择哪一种做法，庭前附誓陈述都可以被采纳来证明其真实性。”

“太令人钦佩了!”辛迪说。

“但是，如果你没有证人的庭前附誓陈述或者其他书面陈述，那该怎么办?”里吉斯问道，“刑事案件中的证据开示并不多。”

安格斯说：“比方说，你正在交叉询问的证人曾经告诉警察，那辆银色的雪佛兰车当时遇到的是红灯。警察告诉了你，但你并没有任何书面的东西。但是当你问证人当时是不是红灯的时候，他说他不记得了。”

“那么你可以说：‘这句话能不能唤起你的回忆——你曾经告诉马戈利斯警官，银色的雪佛兰车当时遇到的是红灯?’”

“如果这个警察可以出庭作证，你可以让他出庭，几乎可以把他用作实物证据。‘看着这位警官能否帮你想起灯的颜色?’这种情形并不多见，但是完全可以这样做。想想警官的出现会给证人施加怎样的压力，迫使他承认自己看到的真相。”

“更进一步，”安格斯说，“现在假设证人声称，你说的还是没有让他想起来什么东西。

不要放弃。这时你要记住，你不能传唤马戈利斯警官上证人席作证来反驳证人，因为证人记不起来的时候，你无法用他此前说过的话来弹劾他。

“但是如果他否认对警官说过那样的话，接下来你就可以传唤马戈利斯警官到证人席上，证明他此前作过与此矛盾的陈述。

“换句话说，这个时候你反倒希望证人否认曾经向警官提到灯的颜色。你问他：‘你没有向马戈利斯警官提到过吗？’”

“他回答：‘没有。’”

“他答对了！”安格斯说，“这样你就抓住他了。”

“你知道吗，”辛迪说，“我想我得做一件很重要的事，把证据法的基本规则再复习一遍。我不常使用这些基本规则，都已经不大会用了。”

“我和你一样。”里吉斯说。

“对付‘健忘的’证人还有最后一招，”安格斯说，“有时候你可以主动出击，引起证人的‘遗忘’，这样你就可以‘唤起’他的记忆。

“这是我从克拉伦斯·兰德尔那里学到的。他是我最初开始执业时所在的律师事务所的主任。当时，我们接受了一家保险公司的委托，他们承保了一幅油画，但是原告声称油画被盗，保险公司对此很怀疑，因为有太多的地方都让人觉得不对劲。

“所以保险公司拒绝理赔，原告根据保险单提起诉讼。兰德尔让我作为助手参加庭审，这样我就可以看看庭审是什么样的。

“原告请来了一位相貌堂堂的艺术品鉴定人——马库斯·奥里利厄斯·卡德姆恩，他说自己曾经仔细鉴定过那幅油画，认为它是真品，价值 20 万美元。当时这个数可不小。卡德姆恩自称拥有艺术史研究生的学位，在这个领域里已经有 20 年的经验，并且在其他的案件中也做过大量鉴定。

“兰德尔在进行交叉询问，这时保险公司的一个工作人员走进法庭，递给我一份庭审文字记录，那是西雅图一个案子的一部分庭审记录。在那个案件中，法官拒绝让马库斯·奥里利厄斯作证。他被发现存在欺诈行为。他没有任何学位，他在艺术方面也没有任何真正的经验，只是在一间装裱店工作过。他说自己工作过的一些机构也根本不存在。

“我在自己的黄色便笺上写上‘请求休庭’几个大字，把它举起来给兰德尔先生看。

“我们在法庭外面的大厅里碰了下头。他说：‘这太好了。’

“‘也许吧’我说，‘但是我们面临传闻证据的问题，我们没办法把它提交为证据。尽管它是庭审记录，但是它不是本案的记录，所以不符合此前证言的条件。又不存在当事人联合、利益联合的问题或者其他技术上可行的办法，它就只能是传闻证据。’

“‘你说的对，’兰德尔说，‘它是传闻证据。但是它是非常重要的传闻证据。另外，我并没有准备把它提交为证据。我打算用它来提醒马库斯·奥里利厄斯·卡德姆恩有些东西记错了。’

“‘可是他没有什么东西记错了呀。’我说，‘他只是在说谎。’

“‘哦，我现在还不知道。’兰德尔说，‘可能有些事情他记不起来了。’

“回去接着交叉询问时，兰德尔先把卡德姆恩在直接询问中所谈到的内容总结了一下，他所使用的方法是人们说过绝对不要使用的方法。”

问：你一点也不怀疑自己两年前鉴定的那幅油画是真品吗？

答：一点也不怀疑。

问：一点也不怀疑它价值 20 万美元吗？

答：一点也不怀疑。

“接着他变换了询问方法。”

问：我了解到，你不仅是受人欢迎的艺术顾问和艺术品历史学家，还有人请你做过专家证人？

答：哦，是的，我出庭作证过很多次。

问：从你的履历表来看，你在全国各地的法庭上都出庭作过证？

答：哦，是的，确实如此。

问：那么我想，你走到哪里都一定会被看作是专家。

答：没错。

问：有没有法庭曾经裁定你没有资格作证？

答：没有。绝对没有。

问：你不记得有这样的事情吗？

答：不记得。

问：你记不记得自己曾经在拉弗尔斯（Raffles vs. Constantine）的案子中作证？

答：不记得，我想不起来有这么一件案子。

问：那你记不记得华盛顿州西雅图市的沃尔多·赫尔曼法官？

答：不记得。

问：你不记得曾经在他的法庭上作证吗？

答：不记得。

问：好吧，卡德姆恩先生，也许让你看看这个案子的法庭记录能够帮助你回想起来。跟我一起看看这里，上面写着拉弗尔斯诉康斯坦丁对吗？

答：是的。

问：沃尔多·赫尔曼法官？

答：是的。

问：华盛顿州西雅图市？

答：没错。

问：现在来看看第218页。这里写着马库斯·奥里利厄斯·卡德姆恩被传唤出庭作证。这是你的名字吧？

答：是的。

问：上面还写着马库斯·奥里利厄斯作证说他上过约翰霍普金斯大学？

答：是的。

问：约翰霍普金斯大学，这不是你说的你上大学的那所学校吗？

答：是的。

“卡德姆恩这时开始出汗了。他掏出手帕，擦了擦前额。兰德尔接着问。”

问：现在我们跳到第241页，看看赫尔曼法官说了些什么。‘我发现马库斯·奥里利厄斯·卡德姆恩从未上过约翰霍普金斯大学，也没从这所学校获得过学位。’上面是这样写的吗？

答：是。

问：现在我们回到第218页，看看马库斯·奥里利厄斯·卡德姆恩的研究生教育情况。顺便说一句，这些东西有没有让你回想起什么？

“兰德尔又用了5分钟时间把证人驳得体无完肤。卡德姆恩回想起那次庭审时自己也在场，并且回想起赫尔曼法官裁定他没有资格作证。



“当然兰德尔很明智，他就此打住，没有去问卡德姆恩是否承认自己是个骗子。

“后来没有进行再直接询问。原告撤诉，并且不得再起诉（dismiss the case with prejudice）。”

安格斯说：“我问兰德尔，‘你是怎么知道这个办法管用？’”

“‘遗忘似乎是一种随手拈来的逃避方法，’他回答道，‘想说谎的人只要有此机会，就很难不顺势抓住它。’”

第54章 有所成效

安格斯很恼火。在一件商事诉讼案中，他让一位新来的助手对一个不太重要的证人进行交叉询问，但是他做得不好。

“迈克尔，”安格斯说，“我也不想这么不客气，但是你那样进行交叉询问收效不好。大家都看不出来你是在干吗。”

“可是安格斯，”迈克尔回答道，“我都是遵照书上的指示来做的。所有的要求我都做到了。”

我简明扼要。

我提出的问题简短，使用的语言浅显。

我所有的问题都是提示性发问。

我不去问我不知道答案的问题。

我倾听证人怎么回答。

我不和证人争执。

我不让证人解释。

我没有把直接询问的问题重复一遍。

我没有把同一个问题问无数遍。

我要等到最后陈述阶段再作解释。

“这是欧文·杨格的交叉询问十戒律中的所有要求。”迈克尔说，“我都按照它们来做了。还有什么要做的吗?”

安格斯突然停了下来，看了看迈克尔。他想了一下，然后笑了起来。“迈克尔，你知道吗，”安格斯说，“没有错，你是遵守了戒律的每一条规定。你本来可能会多次遇到麻烦，但是你没有，因为你知道在交叉询问中该如何提问——很多律师都没有学会该怎么提问。”

“但是这还是不管用，其中的原因很重要。因为交叉询问不仅仅是提出问题时的措辞，还有很多别的内容。”

我知道安格斯这会儿来劲儿了，于是掏出铅笔，开始记录。

首先，交叉询问并不是愤怒询问。法律允许你提出简短、提示性的问题，但这并不代表你可以傲慢无礼、盛气凌人。

当然有时候也需要你义愤填膺，但是通常情况下，如果陪审团还不知道你生气有什么合适的理由时，那么就不要发火。如果陪审团还不知道你生气的原因你就已经怒发冲冠了，那么他们很可能会同情证人，而不会支持你。

其次，交叉询问必须合适。它必须和案件、法庭、证人、法官、陪审团以及你自己相适应。如果你的交叉询问不能与其中任何一个因素相适应，你都会有麻烦。

最后，你必须理解交叉询问的真正目的。它是律师的机会，不是证人的、不是法官的，也不是陪审团的。它不是为了获取信息，至少在通常情况下不是。每次你通过交叉询问从证人那里获得信息，你都会向法官和陪审团传递这样一种信号——证人能够提供准确的信息，而通常你不希望他们这样认为。

交叉询问为律师提供了一个机会，把证人描述的故事以他的方式、从他的角度再讲一遍。如果律师做得好，那么他就会提出一连串简短的提示性问题，这些问题更像是对事实进行的简短陈述，而不像传统意义上的询问。证人不得不承认律师所说的内容都属实，因为每一句陈述都完全准确。

但是最重要的是，每一次交叉询问都要有目的。在交叉询问中，如果提出某个问题的理由不能超出询问证人时带来的风险，那么绝对不要提出这个问题。法官和陪审团在庭审当中必须要明白你的用意，他们必须知道这个问题是怎样证明你的观点的。

从说服力的角度来讲，基本规则很简单。陪审团越早知道你的用意就越好。如果等到最后陈述阶段他们才知道你在交叉询问中的用意所在，那就太迟了。

当然，这也是有风险的。首先，如果证人发现了你要证明的观点，他只需要表示你说错了，用你自己的话堵住你的嘴。即使在交叉询问中你没有给他机会说，对方也可能在再直接询问中让他说出来。

这是不是就葬送了一切呢？请想一下，如果这个观点能够如此轻易地被对方驳斥，那它很可能根本就不是一个有用的观点。

其次，虽然你希望陪审员能够了解你的用意，但是你仍然希望他们能够自己想明白这一点。把事情做得过于明显，就像你太想别人作出反应的时候用胳膊肘顶一下别人的肋骨，人家虽然明白了你的意思，但是他们会讨厌你的动作。

下面再谈谈中心问题。交叉询问的材料几乎绝对不可能是预先处理好、预先安排好的。交叉询问人必须自己去发掘，有时需要翻遍几吨沙土、石子、岩石和泥土才能找到一小块金矿石。

接下来的问题是，如何利用它？

你在庭审中抛出一块金矿石，它常常都没有能够发出闪闪的光亮、吸引住陪审团的眼球，而是咚的一声掉到地上。

为什么会这样？

仅仅有原料还不够。你还得知道如何用它有所收获。幸运的是，有很多种方法可以实现它。

分解问题

在位于科罗拉多州博尔德市的全美出庭辩护研究会里，来自伊利诺伊州马顿市的哈伦·海勒正在进行交叉询问的示范表演。那是“波特诉施拉克案”（*Potter v. Schrackle*），原告主张，凯瑟琳·波特过马路时，查利·施拉克因为疏忽大意、驾驶着卡车撞到了她，导致她死亡。

海勒可以利用的事实不多，但是其中包含了一个有价值的信息。施拉克在庭前附誓陈述中说自己在开车撞到凯瑟琳·波特之前并没有看到她，有几个路人看到凯瑟琳·波特在人行横道上，另有目击者看到她被施拉克撞飞了很远。但是施拉克却说自己没有看到她。他最先觉得不对劲的时候，是他感觉卡车前部有一声闷响，所以他停下来下车检查。

施拉克没有看见凯瑟琳·波特这条线索太重要了，对此，不能问一两个问题就拉倒

了。我们来听听赫勒在交叉询问查利・施拉克的时候，是如何分解问题的。

问：施拉克先生，你在10月23日下午开的那辆卡车是你自己的吗？

答：是的，完全正确。

问：你是自己对它进行保养的吗？

答：是。

问：所以你除了开车，还要对车子的状况负责？

答：没错。

问：那么在10月23日，大约下午3：15你开车驶过尼塔城，对吗？

答：对。

问：在科比大道上往西开？

答：是。

问：驶向柯比大道和马蒂斯路的交叉路口？

答：是的。

问：你靠近十字路口时向前看了看信号灯？

答：是的。

问：你向前看信号灯的时候，有没有看到凯瑟琳・波特？

答：没有。

问：然后你换到了左转车道，准备左转？

答：是的。

问：你换到左转车道时，有没有看到凯瑟琳・波特？

答：没有。

问：你打开左转的转向灯了吗？

答：打开了。

问：你打开左转的转向灯时，有没有看到凯瑟琳・波特？

答：没有。

问：你在等一辆对面开过来的汽车先开过十字路口，这样你就可以左转了，对吗？

答：对。

问：对面的汽车驶过十字路口时，你有没有看到凯瑟琳・波特？

答：没有。

问：然后你就左转了？

答：是的。

问：你开始左转的时候，有没有看到凯瑟琳・波特？

答：没有。

问：接下来，你感觉卡车的前部有一声闷响，是吗？

答：是的。

问：施拉克先生，你感觉到卡车前部有一声闷响时，你有没有看到凯瑟琳・波特？

答：没有。

问：但是你停下了卡车？

答：是的。

问：从卡车上下来？

答：是的。

问：这时你看到了凯瑟琳·波特，是吗？

答：是的。

问：她躺在你卡车车头底下，是不是？

答：是的。

问：你问了一句“你是从哪儿冒出来的”，是吗？

答：是的。

问：她已经不能说话，对吗？

答：对。

问：我没有什么要问的了。

连续提问

连续提问和分解问题有一点不同。分解问题时，你把问题稍加变化后不停地问出来，而证人不停地给出相同的答案。这种方法是把一件事情展开了说，以便产生严重的效果。

而连续提问是对不同的事情不断地提出同样的问题。这种方法是把这些事情联系在一起。比如说，来自俄亥俄州克利夫兰市的鲍勃·梅纳德曾经对一群仓库工人进行交叉询问，他们在空箱子上贴上假冒的标签，以此伪造仓库记录。

对于每一个证人，梅纳德都会问一串相同的问题，一遍又一遍地问。

问：看看被告方第 5 号实物证据，那是仓库标签，对吗？

答：对。

问：下面是你名字的首字母吗？

答：是的。

问：表示是你填写的这个标签？

答：没错。

问：标签上的信息是假的吗？

答：是的。

问：上面写着箱子里装着电子元器件。

答：是的。

问：但是实际上箱子里没有电子元器件？

答：是的，里面没有。

问：你在填写标签的时候就知道吧？

答：知道。

问：所以你写在标签上的其实是虚假信息，对吗？

答：对。

然后梅纳德又针对下一件实物证据把这些问题再问了一遍，然后又是下一件。

像这样的连续提问，你可以问多少次？答案是，至少要等到陪审团可以在心里回答这些问题。你希望他们知道正确的答案是什么，如果证人回答不正确，他们就会很恼火。

但是要注意。最好是当陪审团还在高兴地看着证人们坐立不安的样子的时候就停下来，否则他们会讨厌你揪住这一点往死里问。如果是法官审判的案子就要更加小心，因为法官比其他人更容易厌倦重复。

铺　垫

铺垫是整个庭审过程中反复出现的一种基本技巧，每次的表现形式都不同。

假设证人在庭前附誓陈述中出现了此前矛盾的陈述，那么铺垫就是在触发捕鼠器机关之前你需要做的事情，在此情形下触发机关就是你把庭前附誓陈述中的矛盾陈述读给证人听。在此之前，你要履行一些使用庭前附誓陈述的手续，确立好基础。比如，记录庭前附誓陈述的时候离纠纷的产生只有几个月的时间；证人当时知道自己被叫到律师办公室是为了就一件重要事件作证；他在作证之前发过誓——就像今天一样；他说在回答所有问题的时候要说实话。

现在假设证人是一个医生，自从他在一本有关肺癌的书里撰写了其中一章之后，他的证言就发生了细微的变化。你现在所遇到的问题，与来自俄亥俄州克利夫兰市的罗伯特·C·韦伯在最近的一起烟草案中遇到的问题一样。

铺垫的第一部分是表明，“吸烟是导致肺癌的原因”和“吸烟是可能引起肺癌的一个因素”这两种表达之间的关键差别。

铺垫的第二部分是巧妙地暗示，书的那一部分可能是别人写的，不是医生自己写的。在这一点上施压，会使得证人坚称自己对书中的说法负责，而书中的有些说法又与他在直接询问中的证言是矛盾的。

现在假设，证人是一位警察，交通事故的现场勘验报告是他写的。他出庭作证的时候谈到了汽车刹车留下的滑痕，但是报告中却没有提及。那么，铺垫就是要说明，勘验报告很重要，以及报告的准确性和完整性是必不可少的。铺垫打好之后，你希望陪审团认为，如果报告中没有记录滑痕，那么当时路面上就不会有滑痕。

几乎每一种类型的铺垫都必须遵守一条规则——不要在触发机关之后再做铺垫。如果弄错了弹劾程序的顺序，你就是自找麻烦。

交叉询问证人的时候，在黑板上写下关键词。

使用投影仪把医生在诊疗报告中所写的内容准确展示出来，让医生、法官和陪审团能够同时看到。

使用一张放大的图片向陪审团展示，事故发生时，声称自己目击事故的证人所处的位置。

还不止这些。有时候你还得多做点事情才能捅破证人吹出来的气球。来自俄亥俄州克利夫兰市的汤姆·赫弗伦最近就遇到了这样的事情。赫弗伦交叉询问的是一个医生，他给原告看过一次病，只用了几分钟时间，只做了一两页的诊断记录。但是这位医生出庭作证时，却带来了原告的所有病历、所有诊疗报告和所有化验报告。甚至把其他医生做的庭前附誓陈述也带来了。医生把这些资料堆得高高的，就像是筑起了一道坚固的围墙来抵御进攻。

结果，这一点成为了赫弗伦交叉询问的主要内容：

问：医生，我看见你今天带来了一大堆文件，都可以用它们建一座城堡了。

答：我想可以这么说吧。

问：我在想，我们是不是可以进行一下筛选，只留下那些你实际上使用过的资料呢？

接下来，赫弗伦让证人把那些在形成鉴定结论时没有使用过的文件和报告一份一份地找了出来，赫弗伦把每一份都拿出来放在一边。于是，整座“堡垒”一点一点地消失，最

后只剩下一两张纸。这时赫弗伦说："好吧，医生，现在我们来谈谈你的报告吧。"

来自马里兰州巴尔的摩市的小道格拉斯·康纳有自己的方法来对付那些管不住嘴、非得滔滔不绝演说一番的证人。证人会在一个问题上尽情发挥，也会设法躲闪、回避问题。康纳认为，这时候就要凸显出证人的躲避行为，其中一个办法就是，用证人自己推托的言辞。

问：另一辆车也停在路边，是吗？

答：嗯，差不多吧。

问：它"差不多"停在路边的时候，你正"差不多"在继续前行，是吗？

答：是的。

问：事实上，你甚至"差不多"没有减速，是吗？

答：是的。

逐级递减（Degradation by Degree）

要想取得成效，有一个非常有用的方法，密苏里大学堪萨斯城分校法学院（University of Missouri-Kansas City）的杰姆·W·詹姆士（Jame W. James）称之为"逐级递减"法。

比如说，被告将一套公寓租给了一对带小孩的年轻夫妇，这套公寓的走廊和栏杆已经朽烂了。有一天，孩子靠在栏杆上的时候，栏杆突然断裂，孩子摔了下去，大脑受到了永久性损伤。

你查到房屋管理员已经提醒过被告，走廊和栏杆需要修理，但是被告没有修理公寓，也没有提醒租房的夫妇这一情况。

你运用逐级递减的方法对房主进行交叉询问时，要从最高程度的注意义务开始，然后逐步降到能够为人们所接受的最低限度。你可以像这样进行：

问：埃克尔斯先生，请看标记为"原告方第 9 号实物证据"的一封信。这封信是你的房屋管理员迈克·拉森写给你的，是吗？

答：是的。

问：他提醒你，226 号公寓的走廊和栏杆已经朽烂了，需要修理，是吗？

答：是的。

问：这封信的日期是 4 月 22 日？

答：是的。

问：你是在 4 月 25 日收到的信？

答：是。

问：你收到这封信的时候，也许决定要把 226 号公寓的走廊和栏杆修好之后再出租。对吗？

答：对。

问：但是你没有这样做，是吗？

答：是的。

问：5 月 1 日，你把 226 号公寓租给了默瑟一家，是吗？

答：是的。

问：当时走廊和栏杆还需要修理？

答：是的。

问：默瑟一家有个 5 岁的小女孩？

答：我猜是的。

问：埃克尔斯先生，你知道他们有个小女孩，因为他们在租下226号公寓的时候告诉过你这一点，是吗?

答：是的。

问：他们在租房申请表中也告诉你，他们有个5岁的小女孩，是吗?

答：是的。

问：他们住进去之后，你本来可以写封信提醒他们在走廊和栏杆修好之前不要使用它们?

答：是的。

问：但是你没有这样做，埃克尔斯先生，是吗?

答：是的。

问：你本来还可以让管理员拉森先生去提醒他们，修好走廊之前不要到走廊上去?

答：是的。

问：但是你还是没有这样做，埃克尔斯先生，是吗?

答：是的。

问：埃克尔斯先生，你有没有费一点心，给默瑟家打个电话，告诉他们走廊存在问题?

答：没有。

也许最难的地方在于，清楚该在什么时候停下来，或者更重要的是，清楚在什么情况下不要开始。规则很简单，如果你要想有所成效，就必须要有可以利用的材料。

第55章 利用疏漏弹劾证人

此中的理念简单、符合逻辑——但是缺乏吸引力。这也就是它很难做对、容易出错的原因。

要明确的是，如果证人在法庭上的证言在之前的陈述中没有出现，那他的证言就是假的。律师们认为这一点很不错。我们接受的训练是反复听这些单调的陈述，直到厌烦，所以我们认为，以前没有说过的话就是假话。

但并非每个人都这样认为。所以，我们用疏漏去弹劾证人的时候，陪审团更容易认为是此前的陈述不完整，而不会接受今天的证言有问题这个观点。

举一个简单的例子，美国国家初审辩护学会在“加农案”（*United States v. Cannon*）中遇到的问题。这是一起间谍案。根据情报，联邦调查局特工欧罗克在科夫烤肉酒吧附近进行监视，密切关注附近的一个电话亭。在他监视期间，他发现一个妇女走进电话亭，很明显地将一个小容器放在了电话座的下面。

在直接询问中，欧罗克特工对妇女的描述与被告人非常吻合。这是我们关注的地方，同时不想牵涉到其他的问题。我们认为这里确实有犯罪活动发生，电话亭确实被用来作为情报投递点，将偷来的核潜艇机密文件交给俄罗斯特工。特工欧罗克指认，被告人伊夫林·坎龙就是在他监视期间走进电话亭的那个女人，我们要驳斥这一指认。

我们有大量有用的材料。欧罗克当时是一个人，他和另外一名特工轮流监视。他们每隔12小时换班，当时正是他监视的第3个夜班。那个女人从马路对角走过来进了电话亭，当时光线很暗。欧罗克坐在一辆没有标志的车里，他所在的位置必须要转过头来才能看到电话亭。他没有使用任何夜视设备，也没有拍下任何照片。最有利的是，监视结束后几个小时之内，他对监视情况进行了书面报告，报告中几乎没有对走进电话亭的女人进行任何细节描述，上面只简单写道“一位女性，身高5英尺4英寸，大约110磅，身穿棕黄色大衣”。

有了这些材料，缺乏经验的交叉询问人就会认为自己已经胜券在握了。他只需要站起身来，用缺乏细节描述的报告攻击欧罗克特工就行了。是这样吗？

错了！

我们来看看，即使证人非常配合，交叉询问中又会发生什么。

问：欧罗克特工，你在描述那个走进电话亭的女人时能够说出这么多的细节，让我印象深刻。你说她是个黑人，穿着棕黄色大衣，是吗？

答：是，没错。

问：腰部系着一条腰带吗？

答：是。

问：头上围着一条红围巾？

答：是的。

问：但你竟然能看到她留着非洲式卷发?

答：是的。

问：她带着大个儿的、环形的金耳环?

答：没错。

问：挎着棕色皮革肩包?

答：是的。

问：穿着齐膝棕色皮靴?

答：是的。

问：欧罗克特工，请看一看被标记为“辩方第3号”的实物证据，来辨认一下。这是你的书面报告，是提交给联邦调查局备案的有关这次监视的资料，是吗?

答：是。

问：你在报告里描述了那个走进电话亭的女人，欧罗克特工，是吗?

答：是的。

问：请看报告的第2页。上面写着走进电话亭的人是，我引用你的原话，“一位女性，身高5英尺4英寸，大约110磅，身穿棕黄色大衣”。上面是这样写的，对吗?

答：对。

问：上面并没有说她是个穿着棕色大衣的黑人，也没有说她留着非洲式卷发，戴着大圆环式的金耳环、穿着皮靴、系着腰带、背着一个大肩包，不是吗?

答：不，报告里只是个大概情况。它并没有这些细节。

现在我们要在情况变得更糟糕之前停下来。怎么了？交叉询问人提问的技巧很好，他问的都是简短的、提示性的问题，每个问题提到一个事实。尽管如此，结果还是惨不忍睹。为什么?

首先，陪审团听到了欧罗克确认了关于伊夫林·坎龙的每一个细节。这种效果是对直接询问的强调，而不是为弹劾进行铺垫。

其次，交叉询问中没有一个问题表明，陪审团应该认为，报告里面记录的特工的监视内容比直接询问中的证言更准确。

他应该怎么做才会更好呢？利用疏漏有效地弹劾证人时，最重要的因素是正确的顺序。第一步是证实此前的陈述。把它放在第一步是因为，必须在证人意识到你会用它来攻击他的证言之前，首先完成这个任务。如果你忽视了这一点，直接从你要攻击的那个问题开始，那么你就会在证人还没能碰到奶酪时，就触发捕鼠器的机关了。刚才对欧罗克特工进行交叉询问的律师就犯了这个错。

证实此前陈述的方式几乎与证实它的时机一样重要。你要给人们留下这样一种印——如果漏掉的信息是真实的，那么此前的陈述原本应当包括这些信息。看待这个问题还有另外一种方法，把遗漏变成前后矛盾。方法是让此前的陈述看起来是完整的——好像里面不存在遗漏。于是，在直接询问中首次出现的这些信息听起来就像是新近捏造出来的。

找到施压点

让此前的陈述看起来没有遗漏，这听起来很容易，但是要记住，你必须在交叉询问怀有敌意的证人时完成这个任务。交叉询问是否成功，很大程度上取决于你能否找到准确的

施压点。

什么是施压点？就是你在交叉询问中想要就此提出一系列问题的突破口。如果你认为，你必须按压这里，证人才会按照你的方向走，这个点就是正确的施压点，那么你就回答对了一部分，但是仅仅只是部分正确。如果施压点也让证人自己想往这个方向走，那么这才是真正有效的施压点。所以技巧在于找到你和证人共同的方向。

那么对于欧罗克特工来说，正确的施压点在什么地方？这个案子当中不存在单个正确的施压点，但是有几个地方值得考虑。

- 他对自己看到的女人的描述记录详细、完整吗？不。
- 他是个谨慎的特工，所以报告就写得好？稍有改进。
- 这个案子很重要吗？我们快找到施压点了。如果这个案件很重要，那么陪审团就会认为报告应该谨慎。另外，案件的重要性可能让陪审团更容易作出有罪的裁决。
- 调查间谍活动很复杂而且要求很高吗？或许吧，但是我们必须注意，因为我们不希望欧罗克在这个过程中看起来太好。我们来试试看。

问：欧罗克特工，你是专门从事谍报活动的吗？

答：是的。

问：我猜这个工作很难做？

答：（有些疑惑）没错。

问：你要尽力打击特务组织吗？

答：是的。

问：比如说，找出谁在出售军事秘密？

答：是。

问：我们能否说这项工作很复杂、要求很高？

答：可以。

问：对一次接头你们可能需要进行长时间、单调的监视？

答：是的。

问：有时候也可能需要在国内不同的地方同时进行调查？

答：是的。

问：或许调查需要持续几年的时间？

答：是的。

问：它需要耐心细致地观察细微的事情，因为它们联系起来最终可能成为一个重大事件？

答：没错。

问：如果你的身份被嫌疑人发现，你就有可能必须离开这个案子，把自己的调查工作交给其他人？

答：是的。

这是第一部分。尽管还没有提到报告，但是施压点已经逐渐显现出来，它表明为什么在间谍案件中完善的报告非常重要。

现在我们可以进行第二部分：

问：那么，在间谍案件中文案工作很有必要？

答：是的。

问：你需要将这些资料保存起来以后使用，用于跟踪调查，或者是在法庭上使用？

答：是的。

问：实际上，训练特工的一部分内容就是学会制作详略得当的报告？

答：是的。

问：包括如何描述你所看到的事物？

答：是的。

问：以及如何描述你所看到的人？

答：是的。

这是第二部分。所有的问题和回答的确立都在第一部分——施压点上。顺便说一说，你也许很想把第二部分进行得更深入一些。比方说，你可能想说明欧罗克特工已经办理过几百个间谍案，写过几千份报告。但是要注意：第一，把重要的问题变成枯燥的老套路，就会削弱弹劾的效果。第二，不要在一个要点上费太多工夫，以免你失去对证人的控制。第三，如果你在一个问题上停留的时间太长，就会找不到弹劾的节奏，陪审员们就可能开始想别的事情了。

现在我们可以开始进行第三部分了。如果你觉得是该收网的时候了，这说明你还不成熟。第三部分的目的就是要证明，欧罗克特工那天晚上看到的都已经写进了报告里面。

问：欧罗克特工，现在我想问问11月14日凌晨发生的事。你当时正在进行监视吗？

答：是的。

问：在弗隆特大街吗？

答：是。

问：在科夫烤肉酒吧的对面吗？

答：没错。

问：你在监视科夫烤肉酒吧北面的电话亭吗？

答：是的。

问：它也是在街对面？

答：是。

问：你当时在车里？

答：是的。

问：车头朝南？

答：是的。

问：那么你面向车头时，电话亭应该在你的左后方，并且在马路对面？

答：是这样。

问：当时大约是凌晨2点吗？

答：是的。

问：这已经是你监视的第三天了？

答：没错。

问：从晚上8点开始你就一直待在车里？

答：是的。

问：你看到一个女人走进电话亭？

答：是这样。

问：显然她在电话亭里留下了些东西？

答：是的。

问：然后她离开了电话亭，原路返回？

答：是的。

问：离你最近的一盏路灯在电话亭的北边？
答：我想是的。
问：所以，那个女人走进电话亭、离开电话亭的时候，路灯一直是在她的身后，对吗？
答：我想是的。
问：那个女人在电话亭留下了一些东西之后，你仍然待在车里，是吗？
答：是的。
问：你想看看会不会有人过来拿走电话亭里的东西，是吗？
答：是的。
问：所以你没有下车。
答：没有。
问：也没有跟踪那个女人？
答：没有。
问：也没有尽力把她看得更清楚一些？
答：我不需要。
问：你是说不管怎样你都能够清楚地看到那个女人？
答：没错。
问：你在工作报告里描述过那个女人吗？
答：是的。
问：你描述的女人是你那天晚上看到的那个吗？
答：是。

这就是第三部分。

收　网

现在我们准备收网了。但不会用第一次交叉询问时用过的那种方法。虽然我们要驳斥欧罗克在直接询问中给出的证言，但是不用把它复述一遍。

问：欧罗克特工，请看辩方第3号实物证据。这是你写的这次调查的工作报告，是吧？
答：是的。
问：是你提交给联邦调查局的报告？
答：是。
问：里面描述了你所看到的那个女人？
答：是。
问：报告是根据你当时做的记录来写的吗？
答：是的。
问：你可不可以告诉我们，欧罗克特工，这上面哪里写着那个女人穿的是靴子、鞋子还是运动鞋？
答：（停顿一下）上面没有写。
问：告诉我们这上面哪里提到了首饰，比如耳环、项链、其他首饰？
答：这上面也没有写。
问：有没有提到便裤、短裙或者连衣裙？
答：没有。
问：那钱包、手提包或者小背包呢？

答：也没有。

问：有没有关于他或是她的发型呢？

答：没有。

问：头发的颜色？

答：没有。

问：有没有提到一条红色的围巾？有没有提到围巾呢？

答：没有。

问：欧罗克特工，报告中有没有提到那个走进电话亭的女人的种族？

答：（停顿一下）没有。

问：上面写着，你看到的那个人是“一位女性，身高5英尺4英寸，大约110磅，身穿棕黄色大衣”，是吗？

答：是的。

问：我没有问题了。

这一次没有复述此前的任何细节，也没有再三强调这些细节，这次交叉询问让人产生了一种不确定性，这正是辩方想要的效果。

但是你怎么处理所有这些具体细节呢？你要等到最后陈述阶段提醒陪审团，欧罗克特工在近距离观察被告人几个小时之后，才第一次看到围巾、腰带、圆形耳环和皮靴——更不用说她的种族了。他描述的是他当时看到的那个女人，但是很难说她就是电话亭里的女人。



专家证人

第 56 章 专家证人的法律

——普通法与多伯特案之前的联邦证据规则

“专家证人好比一个捉跳蚤的人。”弗拉什·马格鲁德说道，“若你碰到一个失利案，你需要借助某些东西驱赶这些跳蚤，以防止当着陪审团的面，抓耳挠腮，洋相出尽。”

“照你这么说的话，想必大多数律师都认为自己的案子是失利案吧。”迪克·马奇说，“你看，现如今，越来越多的专家证人出现于法庭，那些用魔法水晶球帮你挑选陪审团和评论案件的人已经很多了，专家证人甚至比他们还多。

“诉讼已经成为了一个快速发展的产业，由此产生了不计其数的附属行业——日常生活纪实公司（day-in-life-radio companies）、药物分析师、商业能手（他们向你阐明案子的进展趋势）、陪审团遴选咨询师、案件理论（theory-of-the-case）顾问、模拟法庭专家以及声音技巧培训师。世界已经充斥了太多这样的人，他们自己不打官司，可是他会教你如何打官司。”

“虽然打官司的人身边出现了如此多能人，但还是专家居多。”马吉尔说道。

“那你以为呢？”贝斯·戈尔德说，“如果一州的彩票发行量达到了同时期判决的数量，相邻的州也会趋之若鹜赶来买彩票的。别指望法律制度玩了这种‘塔罗牌诉讼’（Lotto Litigation）的把戏，人们就开始秩序井然地遵守游戏规则。”

“问题不止出在经济方面，”安格斯说，“经济只是其中的一个原因，导致专家泛滥——以及专家作证所产生的问题——的原因之一就是过去 15 年来证据规则的变化。”

当我拿出便签本准备做笔记时，我注意到贝斯·戈尔德打开了他的掌上录音机。安格斯开始讲解了，以下便是我的记录。

普通法规则

先从普通法说起吧，因为第一，现在有很多州还沿用普通法的规则；第二，了解普通法规则有助于理解《联邦证据规则》中有关专家证人的规则。

与《联邦证据规则》的规定一致，普通法认为，有时法官和陪审团需要由专家辅助来理解案件。

但是与《联邦证据规则》的规定不同的是，普通法对于专家证人作证规定了严格的限制。

首先，只有在适当的领域里才适用专家证言。法庭担心江湖骗子或冒充内行的人将他们带入一个无人知晓的、虚假的领域。所以，如果该专业领域未得到司法界的广泛认可，那么不能就此提供专家证言。

其次，审查陪审团是否需要专家的辅助。事实判断是否超越了一般人的认知范围？如

果还没有，就不必提供专家证言。普通法时期的一些案例就是明证，如，专家不得就一个人的步行速度或者汽车是否在路上留下印记等提供证言。(《麦考密克论证据》第 13 条）(*McCormick on Evidence* § 13（E. Cleary, 2d ed. 1972）.）

最后，检验证人是否适格。当然，检验标准并不拘泥于是否具有专家称谓，而是看证人能否以其具有的技能、知识和经验帮助事实裁决者。在毕波恩特（*Bebont v. Kuru*, 348 Mo. 501, 154S. W. 2d 120（1941））一案中，虽然铁路维修工从未受过专业培训，但是他有多年的铁路维修经验，就隔多远距离才能停止火车运行这一问题，法官允许他提供专家证言。

以上三个审查标准（或者说限制）还只是开端。符合这三个标准，专家可以出庭，但是其证言能否被采纳为证据还不一定。

其他的普通法规则似乎技术性很强，不大好理解，要是你能理解专家证人的真正作用所在，你就会明白的。

专家就是事实的解释者。

解释者要有可资解释的事实。而对于普通法来说，解释那些不具可采性的证据是毫无意义的，我们也不能解释陪审员不知道的事实。所以，要遵守这样一个程序：先摆出事实，再解释事实。

对于专家所切身了解的事实进行解释很容易。比方说，一个乡村医生被叫去为一个生病的孩子作证。医生测量了孩子的脉搏和体温，对孩子的眼睛和耳朵做了一番检查，听了他的心跳和肺活动情况，最后测试了条件反射。作为证人，医生应首先就检查结果作证，然后基于检查结果进行分析。因此对于亲历事实的专家证人来说，过程很简单：先摆出事实，再解释事实。

但是大多数专家并不直接解释自己发现的事实，他们通常要依赖别人做过的试验和观察结果进行解释。

麻烦就来了。

产生麻烦的普通法规定说起来容易遵守起来很难：严格遵守基本顺序。即先摆出事实，再解释事实。那就意味着，如果专家证人解释的是其他证人的事实信息，那么在该专家作证之前，其据以解释的其他证人的事实必须首先被采纳为证据。

问题还不止这些呢，陪审团事先从何知晓专家将要就哪些事实进行解释（一案件有很多证言）呢？即使陪审团知道，也必须先指出被解释的事实，以便让他们了解专家意见的事实基础。

但是另外是微妙的传闻规则和证据可信性问题。假设非亲历事实的专家证人告诉法庭他据以提供意见的事实，陪审团就知道解释的事实了。但是问题在于，专家重复了其他人告诉他的事实，与传闻很相似。与此紧密联系的潜在问题是，实际上，专家评价了其他证人证言的可信性。专家将越过证据，直接告诉你哪些事实为真以及哪些证言可信。

考虑到普通法一开始并不情愿让专家证人作证，所以法庭不会让专家重述别人的话，也不会让专家指示（哪怕是暗示）陪审团哪个证人可信。

解决以上问题的方法就是利用假设问题，即将所有事实呈现于证人和陪审团面前，不允许他们选择。

大多数司法辖区严格适用假设问题（hypothetical question）。该假设问题必须是囊括了专家意见所依据的所有重要事实。而且解释问题所援引的事实必须是可采的证据，否则，假设问题将是错误的，因为“它假设的事实不具可采性”。后一种情况发生时，要么假设的问题被裁定为不适当，要么提出者必须保证以后补正（connect up later）——即补



充其他事实以使假设问题成立。当能否事后补正委诸法官自由裁量时，法官一般情况下都会允许，因为这样可以解决很多逻辑上的难题。

解决以上难题之后，律师和专家还要跨过最后一道重要门槛。我们需要的是专家意见，而不是专家臆测，因此，在给出意见之前还有最后一个基本的问题：

问：根据这一信息，就导致奎格利先生现状的原因，你的意见是否具有医学上（或者其他任何领域上）的合理确信呢？

正确答案并不是意见本身，而意见不知不觉地潜入了专家证人的脑海：

答：我能给出一个意见。

"你是否有医学上的合理确信……"这是所有司法辖区的提问惯例，尽管出发点不尽相同。有些州称，这是得出意见的基础，另外一些州则认为，只有在个人伤害案中就因果关系作证时才有必要这样提问。

有些律师抱怨说，相比于程序规则的规定，这种提问方式实际上加重了他们的证明负担。因此有些州就将措辞结构改为：有相当程度的……可能性——

光这种语义上的转变就够上诉法院忙上好几周了。

虽然假设问题解决了评价待解释事实可信性的技术性难题，但是又产生了操作上的困难。

第一，先摆出所有事实再就其含义提问并不是恰当的提问方式。结果通常使问题变得迷惑，不容易理解——特别是当这些事实包含着形成意见的"所有重要基础"。

第二，律师们总让假设问题变得冗长而不简洁。而且他们总是试图在问题中加入一些与意见无关的事实和争论，因此，问题总是不尽完满。到 20 世纪 50 年代晚期和 60 年代早期，在个人伤害案审判中，假设问题为小型总结陈词（miniature final argument）提供了绝好机会——就在审判的中间阶段。

学者们对此很是失望。对此作任何解释在学界看来都是有问题的。他们承认，律师可以在审判的最后使用一些小伎俩，但是用评论代替审判中纯粹的证据部分是不对的。正如后来的欧文·杨格（Irving Younger）所说："对于学者来说，这简直就是无法接受的。"

接下来是对最终争点（ultimate issue）的激烈讨论。专家证人只能提供意见，而不能就案件最终争点给出意见。抽象地看，这点很容易做到，但操作起来很困难。假如在一起医疗事故案中，一名医生为原告提供专家意见，医生可能从被告的角度给出了一个标准，但是他能说被告的行为不符合这个标准吗？他可以说被告的行为构成了医疗事故吗？

有些州法院认为以上问题的答案是不确定的，模棱两可的，即使你今天用了这种询问方式，明天案件到了上诉法院，也不能保证这种方式会得到支持。

好了——在看联邦证据规则之前我们总结了普通法关于专家证言的规定。（同时，这也是现今很多州的实践做法，包括不适用联邦证据规则的州，和虽然适用但是对第 7 条做重大修订的州。）

联邦证据规则

联邦证据规则诞生于 20 世纪 60 年代晚期和 70 年代早期，以下是起草者们对联邦证据规则的解读：

1. 普通法似乎剥夺了法官和陪审团了解事实的权利。严格规定专家作证的领域以及作证时间，可能使有助于陪审团判断事实的意见被排除在外。因此应使基本规则更具有开

放性。

《联邦证据规则》第702条规定：

如果科学、技术或其他专业知识，将有助于事实裁判者理解证据或者裁断争点事实，因其知识、技能、经验、培训或教育而具备专家资格的证人，可以以意见或者其他形式对此作证。

我们注意到，判断专家作证的标准不是事实内容是否超越了陪审团的知识范围，而是专家证言能否帮助事实裁判者。联邦证据规则起草咨询委员会（The Advocacy Committee Note）强调了此条对普通法的变通：

本规则措辞宽泛。所依据的知识领域不仅仅局限于“科学”和“技术”，而是囊括了所有的“专业”知识。与此类似，专家也不是狭义上的专家，而是指任何因其具备“知识、技能、经验、培训或者教育而具备专家资格”的人。因而，本规则不仅包括最严格意义上的专家，如医师、物理学家和建筑师，还包括有时被称为“有技能的”大规模群体，如银行家和拥有不动产的不动产价值评估人。

2. 普通法关于专家作证方式的规定过于程式化——专家回应的是一些与事实无关的技术问题。普通法规则要求专家的意见具有“科学上的合理性（或者可能性）确信”的规定寿命短暂。而规则第702条仅规定证人以“意见或者其他形式”作证。

如果从一开始一项证言不能以意见的形式提出，很显然，该证言不必符合特定意见的证明标准。这里顺便提一下，虽然不能以意见形式作证，但是有些原告的律师还不死心，他们用传统上的“魔法语言”（magic words），利用专家证言履行个人伤害案中因果关系的证明责任。

3. 在听取意见之前先了解事实，这是一件很头疼的工作，所以普通法规定的程序注定消亡。不一定先陈述事实——其实根本就不需要事实。《联邦证据规则》第705条规定的很简单：

除非法院另有要求，在不需要首先对有关事实和信息作证的前提下，专家可以以意见或推论的形式作证并给出理由。在交叉询问的任何情形下，可以要求专家披露有关事实和信息。

4. 假设问题被认为是破坏普通法规则的一个标志，所以你可能认为假设问题将被废除。但是学界担心某些法官想保留它。所以《联邦证据规则》第705条作出了一种可选择的规定——也就是说，许多律师仍然在审判中使用假设问题辩论，但是如果律师不想用假设问题，几乎也没有法官要求他们用。

5. 有些情况下，专家证人得到的基础事实涉及他们并不熟悉的领域。所以《联邦证据规则》第703条作了如下规定：

在一个特定案件中，据以形成专家意见或者推论的事实或者信息，可以是该专家在审前感知的或者已知的东西。如果事实或信息是某一特定领域的专家在形成该问题的意见或推论时所合理依据的，该事实或信息的可采性不是采纳意见或推论的前提条件。

联邦证据规则起草咨询委员会（The Advocacy Committee Note）给出了制定该规则的理由：

设计本规则的目的是拓宽专家意见赖以存在的基础，使其超越现在许多州的规定，并使得司法实践符合专家在法庭之外的实践惯例，医师依据……（不可采的事实）作出生死决定（life-death decision）。专家的身份合法，专业的表现以及接受的交叉询问，应足以符合司法的目的。

6. 最终争点规则引来了一场无边无尽的文字游戏，所以《联邦证据规则》第704条



摒弃了普通法的规定。在批评者看来，这是拿掉了很重要的保护性规定，侵犯了陪审团的职权范围。规则起草人则抛弃了联邦证据规则起草咨询委员会（The Advocacy Committee Note）的意见，后者指出，根据规则第701条和第702条的规定，对事实裁判有辅助作用的意见能够被采纳。问题是仅仅就案件结论给出意见对事实裁判者并没有帮助。

之后——在对欣克利案（Hinckley case）（该案中，企图行刺里根总统的欣克利因被认定为精神失常被判决无罪）的回应中——国会重申了专家证人在刑事案件中就被告人精神状态作证的最终争点规则，即产生了《联邦证据规则》第704（b）条。

一些好结果

总的来看，《联邦证据规则》对专家证言部分的修订比证据法其他部分的修订更多。修订的目的是，让我们摆脱过时的形式主义的束缚，接触到更多新的、有价值的信息以及提高专家证言的有效性，从而使得审判更加迅速和简便。

其中有些规则是成功的：

1. 提高审判效率。现在，一个专家的作用相当于过去的三四个。以一起个人伤害案为例，一年轻女人在一起车祸中受伤。不必传唤所有的中间证人（Intermediate witness）作证，一个专家证人就可以完成以下工作：测试、医治原告并作伤情评估。即便是中期报告不可采，专家也能以其在医学领域里合理依据这些报告形成意见为由，考虑这些报告。

但在现代，太多太多的案件使用专家证人，要说新的法律使审判变得更简短就不太合适了。

2. 一些无用的形式主义的东西已经逐渐式微了。以前总在提出专家意见前所用的“魔法语言”再也不像以前那样被频繁使用了。但是现在专家证人的最大问题是（而且依然存在），不能有效、畅通的交流。看来，力求语言的平实才是所有证据规则共通的目标。

3. 假设问题依然被使用，但不如以前频繁。一旦使用，作用很明显。这可能是因为给出专家意见前不需要披露所有相关事实。假设问题可以用来强调真正的重点所在，从而避免选取不恰当的事实。

4. 以下情形已经不复存在：一旦专家证人就最终争点问题说错了话（就是违背了以前的最终争点规则），程序就被宣布无效了。

一些问题

但是新规则也有一些令人不悦的麻烦：

1. 奇异的专家证人与可疑的意见不断增加。

在卡罗尔诉奥蒂斯电梯公司案（*Callor v. Otis Elevator Co.*, 896 F. 2d（7th Cir. 1990））中，一个身份不明的儿童按了电梯上的紧急停止按钮，并因此受伤。在庭审中，一个电梯专家作证说：“红色按钮对儿童具有吸引力，但是这个按钮的设置不合理，儿童很容易够得着，而且，儿童够不着的停止键加了盖，可是儿童够得着的停止键按钮却未加盖。”

在日本电子产品反垄断诉讼（*re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation*, 723 F. 2d 238（3d Cir. 1983））中，法院允许原告专家作证说被告密谋违反垄断法。

在巴雷特案（*United v. Barrett*, 703 F. 2d 1076（9th Cri. 1983））中，争点围绕身份展开。该案中，法官允许一名政府摄影专家查看对被告人的监视照片，将该照片与被告人身

上的衣服进行对比，指出其中的相同点，然后就照片中的衣服与被抓捕人的衣服是否相似给出意见。

米勒案（*United v. Miller*，600 F. 2d 498（5th Cir. 1979））是一起有价证券诈骗案，法官允许政府专家以意见形式作证，证明被告人以欺诈方式获利。

2. 有些法院允许专家证人自己决定哪些事实是其据以形成意见的合理基础。

如果以普通的规则来看，这个问题很好解决，即由专家解释可采的证据——这就行了。

但是想想规则第 703 条，联邦证据规则规定：事实不必是可采的证据。如果它是某一特定领域的专家形成意见所合理依据的，该事实的可采性不是采纳意见的前提条件。

那现在的问题是：由谁来决定哪些不可采事实是据以形成意见的合理基础呢？法官还是专家？

第三巡回区上诉法院决定：狐狸比母鸡更了解鸡窝，所以，让狐狸来负责吧。但是在日本电子产品反垄断诉讼案（*re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation*，723 F. 2d 238（3d Cir. 1983））中，上诉法院又推翻自己的判决，认为规则第 703 条重点是专家——而不是法官——认为合理。

这个判决有问题，尽管其他一些州的巡回法院也遵守了这一判例。决定哪些事实可采——以及决定的理由——是司法功能的核心。就规则第 703 条，联邦证据规则起草咨询委员会认为：

> 如果担心放宽可采性的事实可能会不适当的破坏排除规则，你应该注意到，本规则要求事实或信息“是特定领域的专家据以形成意见或推论所合理依据的”。该条款不允许采纳“事故专家（accidentologist）”依据第三人的陈述作出的撞车事故的影响意见，因为它不满足本条所说的“特定领域的专家”。

但是别忘了，联邦证据规则起草咨询委员会（The Advocacy Committee Note）还讨论了医生依据不可采的事实作出生死决定的情况。看起来，规则第 703 条和第三巡回区法院的法官都陷入了错误的逻辑中：

医生要瞬间做决定：究竟怎样治疗该昏迷的人，是采用心脏病的治疗方法还是糖尿病的治疗方法？你会看见法官们穿着法官袍，在一旁帮助医生。这时第三人告诉他们这个人在倒地的时候揪着自己的胸部。

“第三人的证言足以让我作出决定了，”其中一个法官说，“这个信息很有用。”

当然，该信息对医生有帮助——他们总是依据手边的信息来治疗病人——而不是参与一场复杂的案件审判程序。

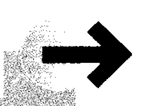
3. 有些法院甚至让专家重复不可采的事实以“解释他们的意见”。

规则第 703 条和规则第 705 条的一个要点就是，将专家意见和给出意见的事实依据相分离。规则第 705 条规定：给出意见之前不必援引事实依据，而规则第 703 条（我们刚才已经讨论过了）规定：事实依据不必是证据，甚至可以是不可采的。

当然，交叉询问者有权在交叉询问中就专家意见所依据的事实进行询问。规则第 705 条有同样的规定：只要询问者愿意，他可以问及任何事实。

但是主询问的情况呢？不管对于普通法还是联邦规则，让专家证人在陪审团面前援引不可采的证据，这是不是有点奇怪？

美国环球有限公司诉法儿宗一案（*American Universal Ins. Co. v. Falzone*，644 F. 2d 65（1th Cir. 1991））中，消防局局长认为那是起人为纵火，法院允许其重复他与同事的谈话，以作为得出意见的依据。



很多巡回法院都遵循了该判例。（“等等”，你说，“如果事实是不可采的——不足以成为意见的合理依据——那为什么我们可以通过专家证人使其进入法庭呢（launder it）？那传闻规则算什么？”）采纳该证言的法院说：“你不明白，我们采纳它不是因为它的真实性，仅仅因为它可以解释专家意见。”（“再等一下，”你又说，“如果这些庭外陈述不是真实的，就不能用来解释意见，不是吗？证据的相关性前提不就是它的真实性吗？”）

有些律师认为对以上问题的回答还不能解释法庭允许陈述不可采证据的原因，他们想知道，普通法排除这些事实是否不仅仅基于逻辑上的一致性，还有经验基础。

明尼苏达州通过修订新的规则第703（b）条回应了该问题：

相关事实必须具有独立的可采性，以确保主询问时获取这些事实。假设民事案件有正当理由，相关信息又特别可靠，根据本规则，法庭可以仅为了展示专家意见的基础而采纳该事实。

4. 有关专家证人的新法律几乎加速了所有案件的证据开示战。

普通法的目的是，从一开始就排除不可采的专家意见；而根据新的证据规则，直到交叉询问时才能排除不可采的专家证言——但是已经来不及了。

此外，你根据《联邦民事诉讼规则》第26（b）（A）（1）条从专家证人处得到的信息和意见很少，所以最保险的方法是进行提取专家证人的附誓陈述（deposition）。

最后，在民事庭上，如果你不确定将面临何种专家证言，又没有进行证据开示，就想想刑事案件的做法。关于此问题，琳达·S·伊兹（Linda S. Eads）在《被埋伏的判决：联邦检察官在有限的刑事证据开示制度中使用非科学专家》（“Adjudication by Ambush: Federal Prosecutor's Use of Non-scientific Experts in a System of Limited Criminal Discovery,” 67 N. CAR. L. REV. 577（1989））一文中对这一令人不满的现实进行了讨论。

第 57 章 解决专家混乱

——多伯特案如何掀起风波

沃洛普法官将最高法院的高级清单（advanced sheet）狠狠地摔在桌子上，“又是这样!”他吼道。

“怎么啦，法官?”安格斯问道，“不知道的还以为谁惹你了呢。”

“谁惹了我?”沃洛普法官说道，“气死我了，最高法院明明有机会解决专家混乱问题，可是这帮无赖竟然置之不理。”

安格斯问道：“你是在说多伯特案（*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*）吗?”

“对,”沃洛普法官说道，“就是盐酸双环胺一案。本来最高法院有机会解释这些垃圾科学问题，让专家证言规则重回正常轨道。”

“你的期望会不会有点高啊?”安格斯说，“多伯特案存在那么多问题，你为什么认为它就是解决专家证据规则混乱问题的绝好机会呢?”

我，安格斯以及沃洛普法官在法官会议室里，本来是要给律师协会的人组织一场审判培训的。可是现在，法官因为最高法院对多伯特诉梅里尔·道制药有限公司案中的判决大发雷霆。（*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, *Inc.*, 509 U.S. 579（1993））

乍一看，这个案子似乎很简单。原告称梅里尔·道制药有限公司的抗恶心药，也就是盐酸双环胺导致了出生的婴儿畸形。数据研究（以广泛接受的方式）表明两者之间不存在因果关系，但是原告专家证人们的意见则不同。他们说，通过动物实验，盐酸双环胺的药物结构分析，以及一份未公开发表的对于先前研究数据——关于该药物对身体的影响——的重新分析表明，母亲在怀孕期间服用该药物会导致胎儿先天缺陷。

问题是，原告的意见并不符合被科学界“普遍接受性”测试（“general acceptance” test）这一原则——这是一项在弗赖伊诉合众国案（*Frye v. United States*）中产生的，旨在检测科学证据可采性的标准（*Frye v. United States*, 54 *App. D. C* 46. 293 *Fed.* 1013（1923））。所以，初审法院认为原告的专家证言不可采，上诉法院维持了这一判决。

但是适用弗赖伊“普遍接受性”测试存在困难。国会于 1975 年开始实施联邦证据规则，该规则未涉及“普遍接受性”原则。最高法院能够找到的与此原则最接近的就是规则第 702 条，规定如下：

> 如果科学、技术或其他专业知识，将有助于事实裁判者理解证据或者裁断争点事实，因其知识、技能、经验、培训或教育而具备专家资格的证人，可以以意见或者其他形式对此作证。

由于证据规则没有提到弗赖伊“普遍接受性”测试这一点，所以最高法院裁决该原则不再适用。

所以多伯特案貌似简单，弗赖伊测试已不再适用，科学证据的可采性取决于证据规则

的规定。

（你会说“没错呀”，可是联邦证据规则适用哪种测试呢？回过头来再看看规则第702条的规定，它并没有规定科学证据的可采性问题。）

最高法院身处尴尬境地，它颁布的证据规则代替了弗赖伊测试，可是却没有规定新的测试标准。

显然，我们需要某种标准来测试科学证据的可采性。既然我们没有这方面的规则，而最高法院正在试图从《联邦证据规则》中找出一些规定来填补这一空白，纂写多数意见的布莱克曼法官（Justice Blackmun）不得不在判决中引用与弗赖伊测试相接近的规定。

以下就是那篇两千多字的（不包括脚注）判决书，内容晦涩难懂，它旨在找到证据规则中的有关“测试”的基本点：

- 规则第702条中的“科学”一词，暗含了科学方法和程序的基础。
- 该规则中有“知识”一词，所谓知识，是一些超越主观信念和无根据猜测的东西。
- 另外，科学不要求确定性，与其说它是科学，不如说是一种过程。
- 但是“给出的意见必须有适当的有效性支持——如：根据我们已知事物的‘合理根据’”。（如果一项意见与之前观点不一致，就不管它了）。

  “总之，”判决书写道，“规则要求一项（科学）专家证言与科学知识有关，这就是树立了判断证据可信性的标准。”（如果你觉得法庭有点咬文嚼字或者是理解偏激的感觉，继续看下去，这才刚开始呢。）
- 规则第702条规定，能“有助于事实裁判者理解证据和判断争点事实”的专家证言就是可采的。最高法院认为，这就是相关性的要求，因为不相关的证言不具有辅助性。
- 规则第602条要求证人要以其第一手资料作证。但是规则第602条不适用于规则第702条和专家证人的相关规定。多数派认为，这项例外“以一项假设为前提，即专家证言在其学科领域有知识和经验的基础，具有可信性的基础”。

  （稍微停一下。请注意，最高法院已经花了很大力气来得出一个结论，即联邦证据规则暗含着科学证据必须具有可信性才能被采纳。这并不意外，因为从一开始，焦点就集中于要有多少可信性以及怎样建立标准。最高法院最后做了这一点。）
- 通常情况下，在辅助事实裁决者判断一项理论或者技术是否属于科学知识时，要回答一个关键性的问题，即该问题是否将会通过（或者已经通过）测试。
- “另一个相关的考虑因素就是，该知识或技术是否经过了同行审查并公开发表。”最高法院认为，在同行审查的杂志上公开发表有相关性，但不是必要的。

  （再停一下。如果你觉得同行审查和公开发表与“普遍接受性”相似，你就对了。其实“普遍接受性”就是同行审查和公开发表的依据。）
- 在某些科学领域，已知的或者潜在的错误率很重要。
- “最后，‘普遍接受性’还不能对询问起作用。”（有人也希望这样，但是同行审查和公开发表是不可靠的。）

好，就是这些了——我总结了多伯特诉梅里尔·道制药有限公司案的推理以及对科学证据可信性的测试。其他人怎么想的呢？

凯斯西储大学法学院的保罗·贾内里（Paul Gianlli）教授，和最高法院引用的一个主导性文章《新兴科学证据的可信性：弗赖伊诉合众国，半个世纪后》（“The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, A Half Century Later,” 80 Colum. L. RREV. 1197（1980））的作者指出，这样使得双方当事人都认为对自己有利。芝

加哥的吉恩·麦克莱恩·斯奈德说："还是一片混乱。"西北大学法学院的乔恩·R·华尔兹（Jon. R. Waltz）说："作为联邦法院的法官，我讨厌受这样的规则约束。"

佐治亚大学法学院罗纳·L·卡尔森（Ronald L. Carlson）认为，有了最高法院列举的这些判断因素，律师可以将那些冒牌的专家赶出法庭。

安格斯和沃洛普法官是怎样总结含义的呢？

安格斯总结了两点，第一，"普遍接受性"只是判断证据可信性的间接证据。作为间接证据，该测试发挥了不错的作用，现在仍然发挥作用。但是在拒绝用它作为测试可信性的标准方面，最高法院反而将简单的问题复杂化了。

第二，安格斯说，最高法院这些年来总是这样。近几十年来，最高法院的法官们丧失了清晰思考和清楚表达的能力，霍姆斯（Hulmes）和布兰德斯（Brandeis）法官清楚，他们面对的是整个民族，所以力求实用。而现代的法官则像是法律学者们，他们不使用推理，通常情况下都使用修辞学的语言，即使是他们那点有限的逻辑，也被冗长的辞藻所埋没，丝毫看不出来。

安格斯还说，许多案件都表明最高法院并不真正理解审判以及证据规则的运作——多伯特案就是明证。他说，如果最高法院知道怎样运用审判以及证据规则的话，它会制定一个对于律师和法官都很实用的规则。

安格斯说，指望最高法院那帮不称职的家伙整治专家混乱问题，还不如我们自己修订《联邦证据规则》。

当我问到哪些条款需要修订时，沃洛普法官大发脾气："整个证据规则都有问题。摒除这些规定，回归到普通法，至少我能还能依靠一些确定的、可预见的标准，不需要这些疯子萦绕我们左右，跟我们说电梯按钮应该用什么颜色或者咖啡壶上的线要多长。"

安格斯看了一眼沃洛普法官，"你有实际审理过一起电梯按钮案吗？"

"没有，"沃洛普法官回答，"但是我听说过。"

安格斯笑了笑，说："法官，你有你的立场，但是我的观点和你不同。普通法对专家不信任。曾经有一段时间，有很多诈骗犯、江湖骗子以专家自称骗取钱财。而药物和科技盛行的年代，国家又制定了很多相关方面的法律，所以今时不同往日，很多事情已经发生变化了。"

"所以，我们明显存在偏见，当谈到专家时，我们宁愿不需要他们。"

"现在不一样啊，"沃洛普法官说，"已经没有诈骗犯、江湖骗子了。"

安格斯说："等一下，法官，不管怎样，我觉得我们的普通法对于专家证言太过于苛刻了，而《联邦证据规则》又走向了另一个极端——导致专家证人泛滥。我们对于摒除普通法的限制性规定反应过激了。"安格斯接着说："发现新规则究竟有多开放还需假以时日，现在我们有了足够的经验，应该考虑一下关于专家证人法的一些关键问题了。"

以下是安格斯的观点，这些观点以基本问题为线索展开，而不是以证据规则条款的顺序：

该案需要专家证人吗？

普通法的做法很简单，除非该案中的有些问题是一般陪审员所不及的，否则专家证言不可采（Faust F. Rossi, *Expert Witnesses* at p. 12（ABA 1991））。

而这就是规则第 702 条背后的目的。"如果科学、技术或其他专业知识，将有助于事实裁判者理解证据或者裁断争点事实"不是相关性测试，更不是表明科学可靠性程度的语句，但最高法院却没有注意到这点。其实，规则第 702 条强调了专家证言可采的前提是法



院需要它。

相对于普通法来说，这是一个改变。新的规则没有把专家证言限制在一般陪审员所不及的范围，而是强调专家证言是否有助于事实发现。

这种改变看起来似乎无害，其实正是规则第702条导致了全国范围内的专家证言泛滥。正是这种制度上对于可采性的偏向，导致了一个接一个的法院宣布，一些最怪诞的想法也是“有帮助作用的”的专家证言。

安格斯说，联邦证据规则的起草者和咨询委员会还不清楚，其实这种法律上的改变在很大程度上激起了律师和诉讼参与人的愤怒。

安格斯说应该修订规则第702条，规定“*只有当专家证言对于公平解决案件争点问题是必要时，专家证言才是可采的*”。

该领域适合专家作证吗？

多伯特诉梅里尔·道制药有限公司案表明，当我们没有可资依据的规则解决重要问题时，最高法院的做法有多么奇怪。所以我们应该制定出一个规则，规定：专家证言所指涉的问题必须是“证明是可靠的”（shown to be reliable）。同时这也与证言本身的可信性有关，因为它对于决定一个领域是否被接受为专家作证领域是重要的强调。

专家适格吗？

对于这个问题，表面上看起来，规则第702条处理得很好。但是问题是证人是否“因其知识、技能、经验（或）教育而适格作证”。安格斯认为“教育”不同于“知识、技能、经验（或）培训”，但是又认为我们现在还不要改变这一措辞，所以在这一点上他自己也没搞清楚。

可靠性的标准及其确立？

这正是多伯特案中令最高法院大伤脑筋的（也是没有成功解决的）问题。我们需要简洁的规则而不是措辞复杂的长篇大论。“证明是可信的”（shown to be reliable）可能是唯一的测试标准，因为它取决于案件争点和案件的性质——对这些问题，最高法院在多伯特案中并未触及。不管从哪方面看，“证明是可靠的”比“证明是合理可靠的”要强，后者听起来不确定。

“普遍接受性”是证明可信性的一个很好的间接证据，或许会（或许不会）使得最高法院对可靠性进行审查的行为正当化。

专家可用哪些事实？

最高法院在这一问题上制造了很大的麻烦。规则第703条规定如下：

在一起特定案件中，据以形成专家意见或者推论的事实或者信息，可以是该专家在审前感知的或者已知的东西。如果事实或信息是某一特定领域的专家在形成该问题的意见或推论时所合理依据的，该事实或信息的可采性不是采纳意见或推论的前提条件。

普通法只想让专家证言解释案件中的事实。通常情况下，在你给出意见之前，需要对意见据以形成的所有基础事实加以证明。若是你保证在“之后补充有关事实”，法院会再要求你补充，这时通常的程序是：首先摆出事实，然后解释事实。这样的话，我们肯定不允许解释不可采的事实。

但联邦证据规则的起草者们天真地以为，通过这种人为的控制，可防止专家使用不可

靠的事实。（医师们说，他们作出生与死的决定是基于不可采的证据。医生们可以使用该决定在法庭上作证。）

可以很清楚地看到起草者们预想的情形：马路中间躺着一个昏迷的人，医生在他的旁边，试图决定到底是用治心脏病还是治糖尿病的方法来医治，这时第三人告诉医生，该人的儿子曾说过他昏倒的时候揪着胸腔。在决定如何做之前，不会有人主张引用传闻法则反对。

当然不会了，紧急情况下，该传闻信息对医生很重要。

但是审判是一场复杂的程序，需要时间和冷静思考，而不是一场街头紧急事件。

但是，很多法官已经放弃了决定什么是“在某一特定领域，法官所合理依据”，而将之委由证人自己决定。

安格斯希望该规则修订为：“法庭决定专家证人在某一特定领域所合理依据。”

还有一个更严重的问题。有些法庭允许专家仅为了“解释意见”的目的而重复不可采的事实。有些情况下，律师甚至当着法官和陪审团的面，把专家叫到一边获取一些不可采的事实。

安格斯说，这不公平。应该将规则第 703 条改为：专家不得就意见基础事实部分的不可采事实作证，除非在交叉询问时，专家证人提出了该事实，或者对方质疑专家意见的事实基础。

专家如何作证？

规则第 705 条规定，除非法院另有要求（但法院从未有过如此要求），专家在给出意见时不必披露形成意见的基础事实和信息。

该规则的目的是废除假设问题——该问题通常令人迷惑，而且实践中为专家在审判中间阶段为案件辩论提供了机会。

如今，我们不需要专家在审判中间阶段为案件辩论。规则第 704 条允许专家就最终争点作证——刑事案件中被告人精神状态除外。而规则第 702 条又规定证人可以以“意见或者其他形式作证”，这意味着正式意见不必要。

把规则第 704 条和第 702 条结合起来，你花钱雇的证人复述了当事方的整个故事，结果你将听到如下意见——如：“也就是说，从设计和机构上看，该车整个刹车系统具有不合理的危险性。”

安格斯认为实践在这方面走得太远了，在民事案件中，规则应改为：除非对该案的附誓陈述（deposition）有利，否则不允许专家就最终争点给出意见。

在刑事案件中，如果证据调查者或者警察，说他认为证据表明被告人是有罪的，则更危险。所以安格斯希望规则第 704 条改为：“在刑事案件中，不允许专家以最终争点的形式给出对被告人不利的意见。”

证据开示（discovery）

联邦证据规则——特别是专家证人部分——是基于这样一种观点，即双方当事人都有机会进行充分的审前证据开示。例如，规则第 705 条规定，给出意见之前不必陈述据以形成意见的基础事实——除非法院要求这么做（这种情况从未出现）。

但是该规则又允许对方在交叉询问时问及基础事实——如果事前该方当事人取得了专家的附誓证词还好，否则的话，该交叉询问只能是自我毁灭式的。

问题是，在大多数刑事案件中，都没有进行审前的附誓陈述（deposition）。



你再想一想普通法规则，它将专家证人的意见限制在只解释案件中的可采性证据，要求在给出意见之前披露基础事实，这对于被告人是很好的保护（尽管还有改进的空间）。

根据对联邦证据规则的理解，证据比在普通法时期更重要——但是我们仍然无法进行证据开示。

安格斯认为这有违公平。所以规则第705条应改为：除非被告人在审前已经有机会询问证人，刑事被告人有权对任何对其不利的专家证人进行预先审查（vior Dire）。

安格斯说，采取一些诸如此类的基本原则，我们可以往好的方向调整。

备 注

1993年，也就是多伯特案判决后不久，安格斯和沃洛普法官就已经讨论了专家混乱的问题。六年后，最高法院又判决了卡麦克案（*Kumho Tire Co. v. Carmichael*，526 U. S. 537（1999）），将多伯特标准适用于"技术"。

为了遵从多伯特标准，也为了解决让专家就不可采的基础事实作证问题，规则第702条和第703条做了修订。这两个规则表明困扰安格斯和沃洛普法官的问题并没有解决，而是由法院自由裁量决定。

规则第702条

专家证言

如果科学、技术或其他专业知识，将复制事实裁判者理解证据或者裁断有争议的事实，因其知识、技能、经验、培训或教育而具备专家资格的证人，可以以意见或者其他形式对此作证。但必须符合以下条件（1）证据基于充足的事实和信息，（2）证言是可靠的原理或方法的产物，并且（3）证人将这些原理和方法可靠地适用于案件的事实。

规则第703条

专家意见证言的根据

在一起特定案件中，专家意见或推论所依据的事实或信息，可以是该专家在听审前所感知或已知的东西。如果事实或信息是某一特定领域的专家在形成该问题的意见或推论时合理依据的，该事实或信息的可采性不是意见或推论被采纳的先决条件。对于其他不可采的事实和信息，提供意见或推论的证据提出者不应向陪审团披露，除非法院裁定在帮助陪审团评价专家意见时其证明力实质上超越了偏见作用。

联邦刑事诉讼规则

除了《联邦证据规则》的修订外，《联邦刑事诉讼规则》第16（e）条也做了修订，规定：控方证人在审前应披露形成意见的基础事实。

第58章 引导专家证人

安迪·隆德奎斯走到公文包咖啡馆后面的位子坐下来，说：“就要一杯咖啡，其他的什么都不要了。对于我的专家证人在冈恩法官法庭上的表现，我已经麻木了。”

“怎么了？”贝斯·戈尔德问道，“是不是你的专家站到对方的立场上，为对方说话了？你知道的，这种事情时有发生。”

“要是那样还真好了。”隆德奎斯说，“首先，谈到他的专家资格，他滔滔不绝。终于谈到他的意见了，可是没有人能听懂他在说什么，好像是在展示他舌战的天赋。”

“冈恩法官把我叫到审判席，问我有没有办法加快进展，我感觉糟透了。冈恩法官甚至说他准备给我的专家证人颁发一个‘TD’奖。”

“‘TD’奖？什么东西呀？”贝斯·戈尔德问道。

隆德奎斯说：“哦，我忘了，你都离开小镇好长时间了，还不知道这个奖的事情。就是冈恩法官为那些在法庭上表现差的人创设的‘出庭笨蛋奖’（trial Donkey Awards）。没有人想得到这奖。”

“我跟冈恩法官说了，我正想尽一切办法不让我的证人‘获此殊荣’，但是如果他真的还是得了这个奖的话，我也能理解。”

“我认为那种叫法不是提高出庭辩护技巧的好方法。”安格斯说道，“如果出庭律师对于愚蠢的证据和程序规则也搞一个‘笨蛋法官奖’的话，冈恩法官想必能‘获此殊荣’。从另一方面来看，冈恩法官倒是帮助了你们，他向你透露了这一信息：你的专家证人给法庭留下了不好的印象——言外之意是你还可以采取措施使专家证言对法庭更有吸引力。”

所有人都知道，安格斯又要讲他的著名例子了，所以我拿出便签笔记本。贝斯说：“你不会也要记下这些吧，吉米？”

“当然要记下来啦。”我说，“我要向别人取经。”以下便是我的笔记。

让陪审团倾听

设想在一次宴会上，你把你的专家证人介绍给其他人。你能想象——尽可能的想象——要专家介绍他在胸腔外科领域的资历吗？如果你已经想到当时的情形，那有没有这种可能性，即你的朋友倾听专家畅谈他在专业上的成就，一直持续10分钟或者15分钟？

该专家与你的朋友有什么关系呢？沃兹医生是胸腔外科专家，他在克里夫兰的诊所上班。他最近研发出一项利用激光做胸穿透手术的新技术。

以质量而非数量博得好印象。如果你将大量信息摆在法官和陪审员面前，他们一个都记不住。

接下来，介绍必须据有相关性。（你会说，等一下，很明显，这是必需的呀。）

不一定。如果你想让你的介绍给法官和陪审团留下深刻的印象，就必须要涉及证言的大致方向。让事实发现者把所有信息都放入信息储备库里，然后在需要用的时候拿出来，这种要求有点太高了。

凭什么要事实发现者做你应做的工作呢？

（你说，就算你说的对，可是在作证之前，法官和陪审团怎么能知道你将要就什么作证呢？）

那正是关键所在。你必须告诉法官和陪审团即将说的证言是什么。如下：

问：沃兹医生，你是胸外科手术专家，是吗？

答：是的。

问：也就是说你是做胸腔——也就是身体的上半部分，心脏和肺所在的地方——内部手术方面的外科专家？

答：是的。

问：那么医生，对于已逝的约翰·威尔士先生的手术，你了解吗？

答：我了解。对于威尔士先生的手术，相关细节我已做了全面了解。

问：那现在你是否准备就该手术操作适当与否给出你的专业意见？

答：是的。

问：医生，在我们讲到该手术之前，还是让我们先就您的专业资格——也就是说，您是否适格告诉陪审团威尔士先生的手术问题出在哪里——做一了解。

现在不必将专家资格问题留待以后补正了——因为相关性的链条已经建立起来了。

引领资格询问

再回到宴会上。假设你跟一个朋友说："约翰，我想介绍你认识希拉·沃兹医生。"

再假设沃兹医生对约翰说："你好，我是希拉·沃兹。我是外科医生，在克里夫兰的诊所工作，我已经研发出一项利用激光做胸穿透手术的新技术。"

如果走运的话，约翰会说："你太棒了，医生，很高兴认识你。"但是不管约翰说什么，你都知道他正在想："你从哪找来的白痴医生？"

当专家站在证人席上介绍自己的专家资格时，给法庭的印象就像以上沃兹医生给约翰的印象。他从箱子里拿出乐器，开始敲打。他敲打着自己的乐器，唱着名为"我就是喜欢我自己"。——这种调调恐怕只有他自己才喜欢吧。

以上说明：你要负责专家资格这一部分。因为这还是初始程序，很适合问引导性问题。此外，这比专家自吹自擂给人的印象好多了。

还有一点要注意：资格询问要简短，可能刚开始遗漏某些重要信息。没关系的，当这些信息与将来的专家证言直接相关时，再提出来就是了。

从结论开始

传统上的做法正好相反。普通法坚持在采纳专家意见前，所有意见据以形成的基础事实必须首先具有可采性。当然，有些情形下，如果必须先说出专家意见，这样也可以——"保证之后补正"就是了。但是必须得到法官的同意，通常的程序是：先摆出事实，再解释事实。

这样做的结果是：要听到意见必须经过一场漫长和无聊的等待。

为什么做法律不再要求的事呢？——特别是这种要求使得证据乏味。联邦证据规则第705条的原文是："除非法院另有要求，在不需要首先对有关事实和信息作证的前提下，专家可以以意见或推论的形式作证并给出理由。"（但是法院从没有行使过该另有要求的权力。）

所以先从结论开始，并保证你的询问要围绕案件的焦点问题。

问：沃兹医生，你能向我们介绍一下辛迪出生时的情况吗？

答：妇产科的人没有看胎儿测定仪。若是看了，他们就会提前半小时知道婴儿有问题。

问：医生，对于辛迪来说，这意味着什么？

答：结果导致辛迪的大脑在关键时候供氧不足。因为妇产科医生的疏忽，辛迪的大脑在出生时就已部分死亡了。

这时陪审团就开始注意得出此结论的关键性背景事实了。

找能与普通人沟通的专家

有些专家喜欢上演失利案（some experts like to put on the dog），他们似乎认为自己的任务就是将博学的知识带进法庭，好让对方拜倒于他的学问之下，最后从无形中降服对手。

还有些专家会情不自禁这样做。他们习惯于用特定领域内的语言思考和说话，以至于不知道怎样与普通人沟通。

以上两种，无论何者，结果都是令人沮丧的。

我们不需要专业术语。真正的天才——真正理解本领域知识的人——能让普通人理解自己的观点。不过，一个简单的事实是：培训一个好的专家比雇用一个要难得多。

正如你所希望的，伟大的专家就是伟大的老师，贵如珍宝。所以如果你找到了一个好专家，恭喜你。

不要聘请律师作为专家

专家的作用就是解释事实，而不是评论案件。如果你找到一个知道对方将如何进攻并有效阻挡的专家，你可能会很高兴，但是陪审团不高兴。不能选择评论太多、抗议太多的专家，因为你无法信任他能向陪审团展现案件事实。

如果双方专家都表现得像律师一样。陪审团通常会说："我们不关注任何一方，我们知道他们会将对方踢出局。"

陪审团可能不喜欢你的所有证人，但是，他们明白事实证人是案发时的客观情形造就的，所以你没法选择。

但是专家证人则不同。陪审团猜想你选择的专家是你想要的，对你有利的。因此陪审团知道专家所做的是你花钱要求他们按你所想的行事。

不要被欺侮（no hazing）

为了理解本案专家证言，你做了很多工作，现在你不想让陪审团重复做这些工作，承受你所承受的辛苦。

花两个星期研究柏努利原理，就是为了告诉陪审团飞机翼上因为覆盖了雪不能正常飞

行，其实你不必这样辛苦。

让专家说故事

你已在开庭陈词中向法官介绍了案情。对专家证人进行主询问时是让陪审团再听一遍案情的好机会——从专家的角度看案情。这是专家的重要作用之一。

听专家眼里的案情故事可以强调很多陪审团可能遗漏的重点事实——而且也增强了你方案件理论的可信性。

利用物体

黑板、投影仪、电脑重现（computerized reenactments）、图表、幻灯片以及录像机——所有这些都能使专家证言更真实、更有趣。你希望你的专家每隔 5 分钟或 10 分钟就拿出一些东西。倒不是说你每隔 5 分钟或 10 分钟就需要这些物体——你当然不想一下用尽。但是你肯定不希望你的专家只是静静地坐在那里，所以想办法让他走下证人席，隔 5 分钟或 10 分钟就走到陪审团面前一次。

制造直观印象

你希望你的专家证人在法庭上将整个案件的片段呈现出来，就像刚发生的一样。你明白要想这样就得请好的专家。（你会说："好吧，那么下一件你最应该做的事情是什么？"）

你提问的方式有举足轻重的作用。第一，你需要用恰当的语言让陪审团知道该专家就是一个老师——他可以带领你领略案件的所有信息。

可以用的语言	避免用的语言
指导（teach）	表明（indicate）
解释（explain）	阐明（elucidate）
演示（demonstrate）	说明（explicate）
阐释（interpret）	讲解（expound）
解决（untangle）	阐述（amplify）
破解（decipher）	进一步阐述（enlarge upon）
有助于我们理解（help us understand）	详细讲解（elaborate）
指导我们关于……（educate us about）	增进我们的理解（augment our understanding of）

第二，你提问专家时，问一些能让他说出直观印象的问题：

问：你能跟我们讲讲案件的经过吗？

问：你能讲讲你当时看到了什么吗？

问：你能介绍一下案件的情况吗？

问：你能演示一下……

问：你能描述一下……

如果你按照以上方法提问的话，结果一定会令你满意。首先，问直观的问题可以得到形象的答案。其次，这些问题也能帮助陪审团亲自"看见"案件事实——"看"出来证人证言更具可信性。

第59章 学术文献

很明显，在法庭内，证人比交叉询问的律师有经验的多。

他是一名法医——验尸官——在病理学家和执法官员当中享有盛誉。主询问很激烈，也很紧张。在一起刑事案件中，他就一名妇女的死因作证。他说，尸体解剖表明受害人受到了严重的殴打，头部受到重创导致脑部已经开始水肿。颅内压力过大，破坏了脑神经组织，从而导致呼吸停止。

在这种情况下，交叉询问的律师认为现在最好不要问及受害人头部受创的事实，问其他事实以转移视线。根据他的案件理论（theory of case），受害人出现法医所说的情形是酒精中毒的结果，而非暴力所致。

可以想象律师开始询问以后的惊诧：

问：法医，我想问一些关于酒精的问题。你已对艾丽西亚·巴克斯特的血液做了酒精测试了，是吗？

答：是的，律师，但是我无法跟你说很多关于酒精的事实，因为我不是毒理学方面的专家。

问：你是法医，不是吗？

答：是。

问：你也是病理学家，是吧？

答：但是，毒理学——研究某些毒物对身体的毒性——是不同的专业分支。当然，我在医学院学过毒理学，但是关于酒精对人体作用的详细知识是我的专业所不及的。

辩方也有证人，改天可以传他的专家就酒精问题作证。但是能否有效交叉质询该法医（已经给陪审团留下了深刻印象的官方法医），则完全是另一回事。可以理解，律师依然坚持他自己的论点，但是一切都是徒劳的。法医作答的每个要点都给人留下了很好的印象，首先制造出一种法医认为律师弄错了的感觉，然后再表现出他因为不了解毒理学帮不上忙而感到遗憾，但是他终究不是毒理学专家，在他看来，艾丽西亚·巴克斯特就是被殴打致死的。这时辩方律师拿出他的最后一张王牌，但是专家还是彻底击败了他的王牌。

问：请告诉我们，你是否读过莫里斯·维克特博士的文章《酒精对人体神经系统的影响》？

答：律师先生，我说过我不是毒理学专家。我当然听说过维克特博士，但是我没读过那篇文章。

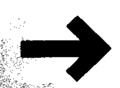
问：好的，法医，就算你没读过，那你是否认为这篇文章是研究酒精对人体影响方面的权威著作呢？

答：当然不认为啦。

法医认为他已经切断了律师的所有后路，他应该不会再问酒精方面的问题了，但是当律师继续发问时，他有点意外了：

问：好，既然你没读过维克特博士的文章，那你现在可以看一看，我拿给你，请翻到第32页。

地区检察官：法官大人，我反对。律师做出了不适当的要求。证人都不知道这篇文章的权威性——不管作者是谁——怎么能让他依据这篇文章给出意见呢？



地区检察官和法医都认为律师的要求不合法。但是这回该轮到他们惊诧了：辩方律师拿出证据规则法条，回答到：

辩护律师：法官大人，请允许我发表看法，根据《联邦证据规则》第803（18）条，证人在交叉询问时不必知道某学术文献或文章权威与否，我们可以通过询问其他证人来证实，关于这一点，我们辩方正准备传来自己的专家作证。我们知道辩方专家认为维克特博士的文章是该领域内的权威著作——很多人也这么认为。所以我要求交叉询问对方证人，提问关于这篇文章的信息，履行事后补正信息的义务。

法官：反对无效。辩方律师，你可以继续发问。

现在，我们可以不管这个法医了。他已经被卷入了立法的复杂性中不能自拔，其实他本来认为这是辩方律师应该承受的后果。要是按照以前的法律，他就不至于如此了。以前的法律规定，只有为了弹劾专家证人，而且符合特定条件，才能采纳学术文献为证据。如果专家要在交叉询问中使用学术文献，他必须首先承认该学术文献是他赖以形成意见的基础，在有的州，法院要求专家必须承认该学术文献在特定领域的权威性。

要是按照以前的法律，专家很容易脱身。只要否认学术文献的权威性，就不能在交叉询问中使用它了。可以理解，一场关于弹劾立法的讲解变成了为专家作证做准备的常规部分。

为了反驳不真实的证言，即有些专家否认某些著作或文章的权威性，对方律师必须想办法让专家在审前调查时就承认部分著作在特定领域是权威的。

问：法医先生，经过了这么多年的学习和培训后——整整四年的大学学习，四年的医学院学习、专业实习然后再到住院实习——可能你再不用看其他书了吧。

答：（法医意识到承认没看可能是个错误的策略）读过，你这是什么意思？我当然看过其他的书。

问：也就是说，像你这样的专家为了跟上专业发展趋势还必须参考其他书籍？

答：当然。

问：好，法医先生，你能否跟我说说过去几年你的书桌上都是哪些书和文章？

根据《联邦证据规则》第803（18）条，律师不必在审前调查专家对某一专著或文章的权威性的承认（如果调查了也不是坏事）。虽然《联邦证据规则》已开始生效适用，但是很多州都有自己的证据规则，有的州对第803（18）条做了修改再加以适用，有的州则完全不适用该规则。让我们先简单看看该规则：

在交叉询问中为了引起证人的注意，或为主询问中在专家证人赖以参考的范围内，包含在公开出版的有关历史、医药或其他科学或者艺术的文献、期刊或书册中陈述，通过证人证言或者自认，或者通过其他专家证人的证言或司法审查，被确立为可信赖的权威（信息），此种陈述，如果被采纳为证据，（仅是）陈述内容作为证据，但其本身不得被接受为物证。

值得注意的是，该规则规定的内容完全是程序性的（除了在界定学术文献时要求其必须公开发表）。它解释了在主询问和交叉询问中怎样使用学术文献，并列举了确立文献权威性的三个途径。第803（18）条规定可以在陪审团面前宣读学术文献的内容，但不得被接受为物证。

该规则的作用呢？

规则第803（18）条带来的主要影响就是改变了法庭使用学术文献的方式，即不因为学术文献是真实的就突然采纳它为证据（也是威格默尔的反对之一），仅此而已。《联邦证据规则》的起草者们惜墨如金，他们把对质和可信性规则（规定于第6章“证人”）以及专家证据同一性（authentication）规则（可在第6章和第7章“专家证人”中找到），归

为传闻规则的例外。对于那些有出庭经验的人来说，这还不算什么，但是对于那些不熟悉出庭审判的人，让他们在激烈争论的同时找到这些条款，恐怕是强人所难。

规则第803（18）条所在的位置不仅使得对质与专家鉴别证据同一性条款难以找到，而且影响我们理解该规则的运用。因为该规则是传闻例外，诸多学者已经总结并分析了传闻例外是传闻规则的最重要部分。他们的注意力主要集中在学术文献因其真实性而可采这点上，却忽视了主询问与交叉询问的灵活进行。

通常情况下，《联邦证据规则》将学术文献规定为传闻例外没有问题，因为根据规则第803（18）条，只有在交叉询问中为引起证人的注意，或在主询问中在专家证人赖以参考的范围内，学术文献才具有可采性。也就是说，依据《联邦证据规则》的规定，将一项学术文献采纳为证据，目的是确证或质询证人席上的专家证人们，而非辅助或者代替他们。

换个角度考虑。一方面，在主询问中，专著或者文章就好比具有可采性的先前一致性陈述。该专著或文章可以补强主询问的内容，但只有当其是专家据以形成意见的基础时才具有可采性。而另一方面，在交叉询问中，学术文献不必是专家据以形成意见的基础，但是他必须是为了引起专家的特别注意。

对质有别于证据同一性，确立文章权威性的方法有三种：通过直接接受主询问与交叉询问的证人证言，通过其他专家证人的证言或者通过司法审查。

最后，只有作为证言向法庭宣读的文献部分才是可采的，文献本身不能被采纳为物证。与此同时，这并不能免除你将阅读的文献以证据形式提交的义务（*Maggapinto v. Reichman*，481 F. Supp. 547，550（E. D. Pa. 1979）），换句话说，正式的证据提交还是必要的。

规则第803（18）条背后的理论是，使对专家证人的主询问和交叉询问更具灵活性，避免向陪审团作出难以理解的指示（学术文献因其真实性而可采的主要影响），但是对专家证人的指示不能省略。不管以何种方式确立文章的权威性——通过直接接受主询问与交叉询问的证人、其他专家证人以及司法审查——必须由另外一名证人作证其是因该文献而形成证言或者在交叉询问中已接受质询。没有证人就没有文献的可采性。

现在的问题是如何有效地使用学术文献。

让我们从主询问说起。学术文献例外的一个优点就是它让专家证人证明——在受到任何攻击之前——其观点有特定领域的专业作者的支持。以下就是学术文献的运用：

问：法医先生，你的观点在这个领域是独树一帜吗，还是也有其他学者持相同观点？

答：实际上，过去两年来，已有5份研究报告支持我的结论。第一份就发表在“新英格兰医药杂志”上。

问：就是那篇你带来的文献吗？

答：是。

接下来你让专家阅读文章的相关部分，这样在你的专家证人受到攻击之前就可以利用学术文献支持他的适格性。将之与“先前一致陈述”对比：除非交叉询问律师指出证人陈述是最近捏造的，否则先前一致陈述不可采。其实，规则第803（18）条让你在主询问一个证人时发挥了多重作用。

但是，如果文献在专家形成意见之后才发现，还能作为证据吗？可以。规则第803（18）条规定学术文献只要“在主询问中为专家证人赖以参考的范围内”，就具有可采性。规则并未规定“在最初形成的意见中是专家证人所赖以参考的范围”。专家证人阅读专业

文献并确证其结论，是对其意见的补强。所以可以这样说，在主询问中阅读专业文献为作证做准备是在专家赖以参考的范围内的。

再来看看交叉询问。通常专家都是有备而来，跟他正面交锋有风险。但是相比于自由形式的来回一问一答，利用学术文献弹劾他的可信性——当然也不是完全没有风险——更有吸引力。如果你做足了功课的话，学术文献有助于你有把握地攻击专家证人。

如果打算使用学术文献，请遵守以下行为守则：

1. 选择通俗易懂的学术文献。对于外行来说，大多数学术文献都不容易翻译成通俗易懂的语言。因为你是用学术文献攻击专家证人，所以不必要求专家证人将文献翻译成可理解的语言。如果你让他翻译的话，就等于传达出这样一个信息：尽管你在攻击专家证人，但你还是要依赖他向陪审团翻译复杂的内容。如果你不得不选一篇晦涩的文章，也不必翻译，只要迫使专家证人承认即可。然而，每一次这样的解释都是给了专家证人一次吹毛求疵的机会，所以最好一开始就使用通俗易懂的文献。

2. 适当确立使用的方式（set it up properly）。第一步就是确立必要的对比。有些律师让他们的证人多次并以各种方式重复主询问的内容，以强调其与文献内容的不同，其实这是错误的做法。

问题就在于这样做证言是讲清楚了，却没有讲清楚学术文献的观点。所以，应该颠倒一下顺序，不要在主询问中提出文献，在学术文献中找问题，并尽量使用原文。事先做好笔记，不要一上来就拿出文献。除非你故意不想攻击对方专家证人，否则没有必要流露出你的计划。

3. 不要刻意的断章取义。如果你故意从文献中摘出一部分内容，使其含义与在原文语境中的含义不同，最终将会暴露。因为根据《联邦证据规则》第106条（也就是完整性规则），你提出了部分文章内容，其余部分会自动被采纳为证据，由此产生的效果就是你的可信度将受到质疑。

4. 面对证人大声读出文献内容以让法官和陪审团听见。遵循该守则需要你拿着文献质证专家证人。根据该守则，不需要让专家证人面对陪审团宣读文献（他将做得很糟糕），不需要先让专家证人默读文献（他将有机会想到一些本案不适用该文献的理由），也不需要你问他是否同意文献观点（他当然会说不同意）。你要做的仅是质询专家证人，你自己就可以做到最好。

可能最有效的质证方式就是给专家证人一份文献副本，你宣读时他能跟上就行。你宣读完毕，问："我读的对吗？"其实你心里清楚他肯定不会说不对。

需要告诫你的是，要确保逐字逐句发音正确。你也不想让专家证人在你宣读的同时来为你纠正吧。就好比是，如果死囚犯教刽子手如何扣绳子，你会想，这还是不是执行死刑呀。

5. 挑选与证言有关的内容。如果你只是质疑对方证人一些无关紧要的方面，没有人愿意跟你玩下去。

6. 挑选不容置疑的文献。文献是传闻规则的例外（我知道你们肯定知道，看看接下来发生什么）。也就是说，作者是传闻的陈述人（declarant），当文献以证言形式被提交时，作者就传闻陈述人，和其他作证的证人一样，我们可以攻击其可信性。但是《联邦证据规则》第806条的规定仍是一条例外。

只是，以上什么意思呢？比如，文献真实性有争议，如果作者专业声誉差，文献就是可采的，偏见也是相关的。如果文献的作者居心不良，该文献也具有可采性。不一致性也是相关性因素，规则第806条取消了质疑传闻陈述人的规定。"陈述人任何时候的语言或

行为证据与传闻陈述不一致的，并不要求该不一致陈述或行为证据曾经有否认和解释的机会。”

尤其要注意这里的“任何时候”一词。根据传闻例外，无论不一致陈述在陈述被攻击前或之后提出，都可以用它攻击证人的可信性。如果用一本书的第 2 版内容弹劾证人，而第 3 版与第 2 版的不一致，第 3 版书可采纳为证据。如果你的对手用一篇虚构的学术文献对你进行攻击，为了摆脱不利境地，可采取的方法不仅限于再主询问证人。

第60章 交叉询问证人的九个方法

尼克·惠勒不知所措，“安格斯，”他说道，“伦道夫和惠勒有麻烦了。我们最大的客户卷入了一场标的达6.4亿美元的欺诈案，对方当事人是全球最大的金融巨头之一——ICR——国际资本资源。我们掌握了确凿的事实，拥有睿智的律师团队（trial team），法律对我们也很有利。但是离开庭只有8个星期了。”

“那你认为问题出在哪里?”安格斯问。

“我不确定，”尼克说道，“辩方的核心力量就是他们的专家证人组。每一次进行模拟法庭，就好像我们要置辩方专家证人于死地。但是不管我们怎么做，模拟陪审员总是相信ICR的专家证人，最后站在他们一边。

“明天晚上我们仍要解决专家证人问题。到时候你们能过来就如何进行交叉询问给我们一点建议吗?”

安格斯同意过来，我也被一道邀请在模拟审判时担当法官，并辅助给出一点建议。

麦克·伦道夫——尼克的搭档，进行第一场交叉询问。证人是辩方公司的经济学家，柯克兰博士，他同时也是大学经济学院的主任。

控制证人

交叉询问进行了十来分钟，安格斯就打断了他们。他说：“麦克，你为什么猛烈攻击柯克兰博士?”

“因为他是一个骗子，他企图帮助辩方欺诈我们当事人的6.4亿美元呢。”麦克说道。

“即便如此，”安格斯说，“这也不能改变一个最重要的审判实践守则，即永远不要放任内心的野蛮——蒙戈——来交叉询问证人。”

“为什么呢?”麦克问，“我一直这样做的呀。另外，两个星期前放映的电影‘北芝加哥法律狗’（North Chicago Law Dogs）中奥斯卡·斯莱奇律师就是这样做的，我就是学他的呀。”

“那是电视想象中的法庭，”安格斯说，“它是事先写好并演出来的，好让观众认同律师并从其观点中看出事实——但是真正的陪审员不是通过这种途径发现事实的。

“真正的陪审员并不认同律师，他们同情证人——特别是当证人被轻蔑的、挖苦的和过分的律师攻击时。”

“但是我的委托人对我的做法很满意，”麦克说，“他们特意交代我这样做的。”

“这就是问题之一，”安格斯说，“很多委托人把他们的律师想成是当地最刻薄的狗。但是为了满足委托人而上演一场表演并不是你打赢官司的方法。娱乐委托人的昂贵代价就是你输掉官司。



“不要挖苦讽刺也不要咄咄逼人，”安格斯说，“你是在玩火自焚。”

麦克停了一两分钟，想了想安格斯说的话。然后再来一遍交叉询问。差别显而易见——柯克兰博士回避了麦克的一个问题并说“律师先生，你的问题反映了许多外行人对这一问题的误解”，然后开始解释为什么他认为麦克连经济学基本原则的皮毛都不了解。这时，麦克又失控了。

麦克又一次失去了耐性，开始吼道：“法官大人，我反对！你能好好的指示证人吗？只要回答问题就好，不要在回答时加一些不必要的、无关的、编纂的评论。”

因为我扮演法官，我就说了法官通常说的话（在面对律师抱怨证人的不相关回答时）——“证人可以解释答案”。

麦克瞟了我一眼，就好像我是真的法官，并开始与证人辩论。

安格斯又一次打断他：“麦克，刚才是一个很好的机会，你可以向法官和陪审团表明证人企图回避你的问题，可你错过了这个机会。”

“我不是提出反对了吗？”麦克说，“但是这个麻木的法官让他避开了。”

“吉米做的是一个初审法官应该做的事，”安格斯说，“法官在法庭上要做很多工作——做记录、签命令，读文书、甚至心不在焉地发呆。对于证言他们总是半听半就。既然他们也不知道证人的回答是否适当，所以最安全的做法就是说证人可以解释答案。”

“而对陪审团来说，证人看起来就是在回答你的问题，”安格斯说，“你问柯克兰博士是否用现在的价值折算将来的损失，而他却对如何折算发表高谈阔论。你知道他是在有意回避，事实也确实如此。但是在陪审团看来，他就是在回答你的问题。”

“事实上，柯克兰博士就是在等待这样的机会乘虚而入，是我让他这么做的。”

“你就是个叛徒！”麦克说。

“真正的柯克兰博士在法庭上就是会这么做的。”安格斯说，“我知道的——他一直都这样。”

“那真正的柯克兰博士在法庭上耍这种伎俩时我该怎么办呢？——难道站在那里傻笑吗？”

“你说的没错，就是那样。”安格斯说。

“等一下，”麦克说，“我会被别人嘲笑的。”

“是的。”安格斯说，“但是我不会嘲笑你。我认为，用微笑来直面证人回避很重要。无论何时，一个证人——特别是专家证人——在交叉询问中都会回避问题，不要让蒙哥失控，不要发脾气，不要与证人争论，不要请求法官来帮你闭上证人的嘴——法官不会帮你的。”

“相反，”安格斯说，“微笑面对证人，并以其人之道还治其人之身。像这样：

> 问：不好意思，柯克兰博士，我想问的是，你是否用现在的价值折算将来的损失，你能回答我这个问题吗？

“这时陪审员们突然意识到这才是你一分钟前所问的问题。他们明白——不言自明——证人在故意回避，这样陪审员感知到证人是在回避，真的，人们只在意自己的想法。”

安格斯和麦克反复训练这一技巧直到他轻车熟路。这时麦克说：“但是，如果你将问题引回来后，证人又一次回避问题呢，你怎么办？”

“有许多应对方法，”安格斯说，“其中我最喜欢用的有三种方法，第一种方法就是平静地打断他：‘不好意思，教授，你的意思是没有吗，你没有用现在的价值去估算？’

“如果证人仍然难缠，你就得强硬点了，使用第二种方法：‘抱歉，教授，有什么原因使你不想告诉陪审团你是否做过测试了呢？’只有在极端的案件中才用第三方法：‘教授，陪审团将认为你不想回答我的问题，你是想回避我的问题吗？’”

交叉询问专家证人的九个方法

中间上了点胡桃熊掌糕和咖啡，大家休息之后，安格斯说：“我告诉你们我最大的忧虑是什么吧。我真不敢相信这样的交叉询问就是你们的出庭策略，只有8个星期就开始真正的审判了呀！”

“为什么不行？”尼克·惠勒说，“这些方法可是我们花了很长时间才总结出来的呢。”

安格斯说：“就我所了解到的，你们抓住每一个能想到的点，进行每一个可能的攻击——好的和不好的——而我看到最有系统性的一件事就是记事表。”

“记事表有什么问题吗？”麦克问道，“它是我们这个组织中最自然的制度。”

“但是不容易遵守，”安格斯说，“除非你先将分散的话题组织成为事实集合体，光有记事表而没有其他的组织只能是一盘散沙。

“有一个最小公分母效应（denominator effect），弱的交叉询问问题使好的问题失色。相比于四个好的点和三个坏的点在一起，三个好的交叉询问点更有力。”

“接下来，你应该问有利于你的案件理论的主题问题，而且只挑你有把握的点。由你来决定将要讨论什么——而不是证人，所以选择成功的点，避免失败的点。”

“一旦你决定了专家证言中哪一部分值得你去攻击，你就该拿定主意怎么做。”

安格斯拿出一张列表说：“这就是交叉询问证人的九个不同方法。”

1. 让对方的专家为你作证

这是个攻击证人最缓和的方式之一，因为它不涉及任何争辩。

对方专家几乎总是同意很多重要的事实和意见。所以你不要正面攻击证人，想办法利用他来强调对你有利的部分。

假设你代理原告——他是一个技工，被告倒车停车造成了他后背严重受伤。你的专家已经作证说撞击受创导致原告的下脊椎有三根椎间盘破裂。

但是马林医生，被告的专家，声称原告的症状是长期以来的关节炎造成的。

你为什么又给马林医生一次机会，让她有可能想一遍自己的理论？看看以下这些漂亮的事实吧，不用问马林是什么导致了原告的症状，她会同意这些事实的。

（1）原告因脊椎受伤处于虚弱状态。

（2）原告不可能假装受伤——马林医生承认他已经看了本案的X光片。

（3）以现有的医药知识，还没有任何一种药物或方法可以治愈原告的病情。该病情不能通过手术治愈。

（4）由于原告的脊椎受伤，他只能向前弯腰20度。这使得不能弯下腰去举起35磅重的黄铜铸件，再将其放在磨床上——而曾经作为一名技工，每天8小时的工作就是这些。

（5）如果原告是马林医生的患者，马林能做的就是给他开一些肌肉放松剂和止痛药，并建议他找其他工作。

当你读完以上所列各条时，马林医生也形成了自己的观点，即汽车事故并未造成原告受伤，并准备用这个观点攻击你。但是在她那样做之前，抢在他前面说：“谢谢你，医生，我没有其他问题了。”

为什么要在这个地方停下来呢？为什么不等马林说完她认为的导致原告受伤的意见呢？

首先，这样做将削弱你第一部分交叉询问的效果。

其次，除非你找到更强有力的反对事实或者弹劾材料，否则你的失分将比你的得分多。你的证人已经作证说原告的脊椎盘破裂是由汽车损毁件的强大外伤所致。此外，原告受伤之前一直在机械公司工作。这一连串的事实就是有利的证据。

但是，在再主询问中辩方律师不能让他的证人说出他的意见吗？

不可以，因为你已经把他们落下了。那一问题已超出了你交叉询问的范围了。

2. 挖出专家所在领域存在的缺漏

有律师试图正面攻击证人的整个专业领域，但那是错误的做法。何不在该领域中找出几个点然后再看整个领域呢？

从 DNA 到弹道学，从经济学到精神病学，每一个专业领域都有其缺陷和不足。诀窍就在于通过你的专家证人知道他这个领域还有哪些未解决的问题，然后寻找那些对你有用的缺漏（不要挖掘得过深）。

“蒙克尔医生，有些问题是你所说的‘精神病科学’所无法解决的，是吗？

“比如，人们认为患精神分裂症的偏执狂是危险人物，那么在这个案件中，怎样评估这种危险人物给人们造成的危险呢？

“好，如果你不能回答的话，医生，是否可以这么说，你所谓的‘精神病科学’中还混杂了其他一些知识呢？”

3. 攻击证人的专家资格

专家资格涵盖了极为广泛的内容——学术背景、专业培训、实践经验、公开发表的专著和文章、专业以及学术地位，还涵盖公众的认可和专业奖项。

不管该证人多么适格，总有更高的标准他达不到。

在适当的情形下，你甚至可以借助对方专家证人来认可你的专家证人的专业地位。

但是并不是每个专家证人都如他的简历所写的那样专业。

在开始调查专家证人之前，你要检查你的专家证人的适格性，同时也要检查对方证人的适格性。

你身边的欺诈者和骗子比你知道的要多。有些人名声日渐增加，以专家证人作证好多年之后才被揭露出来，而有些则一辈子没被人发现。

陪审团喜欢看到在证人席上自大的证人被打败，实际上，陪审团不在乎专家在什么地方接受的训练，而医生和陪审团则特别关心这里的专业身份问题。

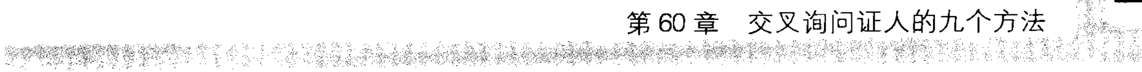
关于这里的专家证人自大的问题，让你的专家证人不要在简历中使用学术式称号的“个人履历”，这将有助于使得对方证人——他仍然在简历中用拉丁式称号——看上去更加自大。

只要专家证人接受了必要的训练，相比于专家有几个衔级以及从何得到衔级，更吸引陪审团的是证人能否从复杂的主题中得出合情合理的结论。

也就是说，如果你的专家证人擅长于解释而对方专家不擅长，与其直接质疑他接受过的训练，不如迫使对方证人作出无法令人理解的解释，后者给对方的打击更大。

4. 攻击专家证人的事实

专家证人就是专业知识的解释者。他们的意见不如他们赖以作出意见的事实可靠。



大多数的专家证人都是在接受别人提出来的事实——这是一个进行交叉询问的好时机。假设专家证人是一个经济学家：

问：辛普森教授，你向陪审团展示的计算是用电脑完成的吗？

答：对。电脑已经成为一个不可或缺的专业工具了。

问：教授，您听过这样一句话吗？“无用信息输入，无用信息输入（GIGO）？”

答：当然听过。

问：不管你的电脑性能多好，你输入的多仔细，终究还是不如你亲自计算的来的好，是吗？

问：那是。

问：对这个案件的事实您并没有进行切身调查，是吗？

答：没有。

问：实际上，你计算所用的信息是辩方律师彼得森先生给你的，是吗？

答：是的。

问：你没有对彼得森给你的信息做任何证实性工作，是吗？

答：我的目的只在于一系列非常复杂的事实数据，因为这些数据直接影响到此次行动中具有争议性的事实的经济价值。

问：抱歉，教授，也就是说你没有核查彼得森律师给你的任何事实材料？

答：是。

问：如果其中有些信息是不正确的，那你得出的结论以及计算机算出的结果也是不正确的咯？

答：当然。

这是很好的开端，但是你还要做一些事情——证明你所说的就是事实——否则将陷入麻烦。不要像一个（hack novelist）小说写的那样，第一章描写了女英雄将上满膛的枪放在袜子抽屉里，全书的其他地方再也没提到这把枪，它只是静静地待在那里。

那你怎样把枪从袜子抽屉里拿出来呢？看下面一个主题。

5. 改变证人据以回答的问题

一旦你有可采的证据来改变证人据以回答的问题，来改变专家证人所解释的事实，看看这将如何改变他的结论。

问：辛普森教授，我们现在不要设想 2008 年的损失将达到 1 600 万美元，假如损失实际上是 370 万美元呢，你的意见还会一样吗？

如果支持你改变问题的事实还不具有可采性的话，法官有权自由裁量允许你现在进行交叉询问，然后再补充支持性信息，这就是所谓的“事后补正”。

要确保你会事后补正。如果你做不到的话，法官可能会当着陪审团的面训斥你并指示他们不要考虑刚才的交叉询问。

6. 暴露证人的偏见

任何一个证人都可能会因为与本案当事人一方有朋友关系、亲戚关系或者其他关系而偏袒一方。而且许多理由可以使他们对相对一方心存偏见。

但是专家证人——特别是现场作证的专家证人——还有一个额外的原因：金钱。

但是不要太紧张。陪审团不指望医生、经济学者以及其他专家免费为他们提供服务。但是如果证人的佣金过分的高，就值得你在交叉询问和总结陈词时一探究竟。

7. 利用学术文献弹劾证人

学术文献是攻击专家证人可信性的有效武器，不是因为他们不同意学术文献的观点，而是因为在学术专业领域里，人们倾向于很强的身份意识（statue conscious），他们讨厌被那些等级地位高的知名学者揭短。

当专家证人说其他人的一本书、一篇文章、一个视频演说或示范他们专业领域里的佼佼者时，不自觉地就把自己比下去了，这种情况更令他们难受。

顺便说一下，视频演说和示范日益成为快速发展的行业——比如：运动药物、整形科、心血管手术科、神经外科——内科和外科医生使用的手段，旨在跟上行业发展速度。所以在调查这类证人时，不要问关于书或者文章的知识。你不要进行这类交叉询问，即整齐列举很多证人在前几十年看过的、读过的、听过的事实，以保持他能熟知这个领域发生的事情。

8. 挖掘出专家证人所在领域的缺漏然后将它扔掉

每个人都会犯错。当忙碌的专家在将记录写成书面报告时，或者与其他专家交流时，通常也将错误传达出来——或大或小的错误。

你知道怎么处理大的错误——去掉一些什么。

但是对于小错误呢，不管它了？某些场合下，你将会发现有一些小错误还是值得你去利用的，有礼貌的向证人提出来。然后以表示理解的姿态，不去追究它们。就像这样：

问：梅伦坎普医生，在开始询问之前，我想问一个问题，叫某人是头肌是书面术语吗？我的意思是，颅骨内没有肌肉和肌腱的人，是吗？

答：当然不是啦。

问：那好，医生，有种被称为腱膜的物质就是一种将肌肉集中并连接肌肉与骨骼的平面肌腱，是吗？

答：对。

问：所以你在演示报告第3页所说的“爱丽丝·布拉德利大脑里的腱膜破裂”可能只是拼写错误或是其他什么，是吧？大脑在颅骨的内部而腱膜则在外部——是这样吗？

答：是的，律师，是个失误。

问：没关系，医生（说这话时你满不在乎地摆着手）。让我们翻到第5页吧。对于你说的爱丽丝·布拉德利的死因我有疑问……

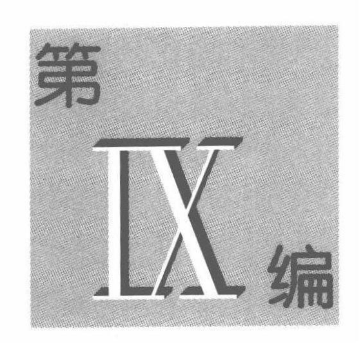
即使对于有很长时间出庭经验的专家来说，交叉询问开头有这么两三个小插曲，也会使他们感到不安。

9. 正面攻击专家证言

律师们通常想要与对方专家证人一决高下——正面交锋（mamo a mamo）。他们想在别人作出惊人成就（tour de force）的领域里，证明专家的想法全都是错误的。

对于律师来说，这种做法就是一个灾难——即使律师很杰出而专家很一般。

除非你是要揭露一个真正的骗子，否则就别正面攻击专家证言。



策略与技巧

第61章 立论角度

你站在女人身旁，见她神情呆滞地走入停尸间里偌大的冷库。一个穿白大褂的工作人员从墙里面拉出一个长形的滑盘——好似一个巨大的不锈钢档案柜——掀起尸体身上的被单。

年轻女人默默地点了点头，没错，这是她丈夫的尸体。

画面突然切换。就在女人扭过头时，你抬起头看她，并看到工作人员将抽屉推进去，把你关在一片黑暗之中。看见抽屉关上，而你还在里面，你突然意识到什么，不禁浑身冰凉，打了个寒战。

就这么一会工夫，电影《谜中谜》（*Charade*，Universal Pictures，1964）的导演斯坦利·多南（Stanley Donen）就领着你用冰冻滑盘中躺着的尸体的眼睛看到了停尸间发生的一切。

刺激吗？当然。

但是这种手法对于你打官司有启发意义吗？难道这就是电影胶片里几秒钟的，旨在激起麻木观众兴趣的廉价戏剧？

远非如此。

正确的立论角度：

- *是你理解你方举证的核心——案件故事——必不可少的。*
- *表明你的开庭陈述是否真实或是消除不真实因素。*
- *有助于你挑选证人以及合理安排他们的作证顺序。*
- *是展示你的证人的可信性和你的辩论的真实性的关键。*

立论角度总不止一个。就像电影里演的那样，要时而变换立论角度，不要一场庭审下来，始终就那么一个立论角度。不论何时，只要你需要吸引目光，多样化的策略，可信性的增强，以及辅助你的记忆，都可以变换立论角度。

你可能认为律师要花很长时间来考虑立论角度。

其实即便是业余摄影者，要想选出他们心目中理想的拍照角度，都会费尽心思。但是律师们选取一个立论角度用于他们已办了几个月甚至几年的案件，通常倾注很少的时间和精力，这倒是令人大跌眼镜。

很令人失望。失败的立论角度——即你未考虑到其他选择机会就用的这个立论角度——只有你自己看到，在别人眼里，它并不重要。

领会（empathize）的能力——站在他人的立场看问题——是正义感（sense of justice）的核心。一般我们会说“我也可能有同样的遭遇呀”或者“若非上天眷顾，我也难幸免呀”，这种背后的动力迫使我们甄别不公正之事并尽己所能匡扶正义。

这种甄别意识非常强大，以至于我们不能直接对之招之即来。

是这样吗？

勉强可以将这种甄别意识叫做黄金法则（the golden rule）——因为它禁止你要求陪审团将自己置于你的委托人的立场（如果你的委托人是个人伤害案中的原告，至少是这样）。这么说是有依据的，因为单凭经验来看，如果要求陪审团以假设原告受伤害时应得的待遇标准来对待原告，就会不适当地暴露出陪审团的感情用事和偏见。

我们不用这种甄别意识，因为我们认为它会影响陪审团。

注意，没有什么能禁止法官和陪审团站在你的委托人的立场考虑问题——该法则只是说不能直接要求他们这么做，但是你可以采取间接的方式。

庭审开端的立论角度

不管你代理原告还是被告，你都明白，你终极的想法是事实发现者——法官和陪审团——认同你的委托人。

所以你知道这些立论角度的终结点在何处，但是那里也是你开始案件的地方吗？

不一定。

在开庭陈述时，想象自己当那么几分钟的陪审员。听听那个律师是怎么做的，他沉浸在自己所创造的悲伤气氛里，渲染心狠手辣的被告人（那个贪婪的强盗）的恶行，并颂扬无辜原告人（可怜的老好人）的朴素品质。

从陪审员的角度看，律师的行为怎么样呢？陪审员想要保持公正无私，至少她认为应该这样。在她眼里，原告律师的立场过于偏激——给人的感觉是，律师就是花钱请来的专业哀悼师。律师显然有两把刷子，所以受到了你的热情相迎，就像你在吃饭时一个铝线板电话机推销员打来电话，你也会热情相待的。

如果你想说服别人，你必须要理解他的立论角度，这就是你开始辩论的共通原理。

如果你从你自己的偏见、立场出发，可能你会赢得官司，但另一方面，你心里将会矗立起一座你永远无法攻破的怀疑之墙。

这就是为什么中立者的立场——“墙壁上的苍蝇”——是进行开庭陈述的好方法。

将陪审团置于道路的一边，让他看看卡车转弯时速度过快将发生什么事情：

“先生们，女士们！你站在威斯康星州肖尔伍德村（就在密尔沃基市外围）的国会大厦车道和唐纳大街，等着从市里来的巴士，这时你看见一个年轻女孩站在两辆停着的汽车之间……”

或者把他们带到 Electro-Toys 公司的会议上，卖家答应将他所需的扣件运输过来，以保证在圣诞节前夕完成他们的视频游戏安装。

“我希望你来到得克萨斯州沃斯堡的 Fast-n-Tite 公司的办公室。现在是早上 10 点钟，2003 年 6 月 5 号，星期三。屋子里只有四个人，中间摆着一个大胡桃木桌子。你已做好准备，听 Fast-n-Tite 公司总裁波洛克先生作重大承诺。”

一开始，中立者的立场尤其重要。法官和陪审员想知道的是整个案件事实，不想听你的观点，因为他们从中得到的只是一些零散的事实。

还有一点很重要，你可以将“客观观察者”比作“墙上的苍蝇”，但是千万别当着法官和陪审员的面这么说。谁也不想被想成苍蝇，哪怕是一刻都不行。

只要有可能，以一场危机（或者危机的序幕）开始你的案件。“危机”一词说明存在一个需要纠正的不当行为，一个未匡正的不公正现象。

但是不要评论事实。让事实自己开口说话。让自己自始就处于一个中立观察者的立

场，渴望知晓案件的全部事实。要做到这一点，还需要很多的自我约束，但绝对值得。如果你在那自说自话，陪审团会觉得你是自卖自夸的市井小贩。不要评论，将事实摆出来就好，陪审团自会为你评论。

转换立论立场

就像《谜中谜》(*Charade*) 能迅速转移立论立场一样，只要你想，任何时候都能转换立场。再回到开场陈词中的超速行驶的卡车和那个已经医治归来的小女孩。

"虽然正在用药治疗，但是劳里的头痛没有消退。她去医院接受观察时，医生发现了问题的症结所在，颅内血管破裂，头部积血已经开始压迫大脑，但是止血问题仍未解决。"

说这些话的不是劳里本人，也不是她的父母或者第三人，而是医生，但不是用医生的行业术语说出来的，而是以陪审团能够理解的语言，这样陪审团可以通过医生的感知看见所发生的一切。不好理解的立论角度是不利的。

挑选适当的证人

再回头看看前面那起商业案，Fast-n-Tite 公司违背承诺未将扣件及时运送到 Electro-Toys 公司。要证明 Fast-n-Tite 公司对 Electro-Toys 公司违约了，你选择谁来作证呢?

迈克·兰德是装配组的领班，他说今年 9 月份解雇了 60 个工人，往年的这个时候是生产旺季，通常都会额外招人。

采购部主管莎伦·怀特豪斯将几个月来慌忙搜寻的扣件列成清单，他将扣件市场翻了个底朝天，以找到合适的部件满足圣诞节期间的发货需求。

内奥米·理查森是会计部主任，他说，销售额大量削减导致的损失，科技研发的经费(这些科技明年就会过时)，以及贮存过期完工的玩具所需的费用，所有这些给公司带来了巨大的经济灾难。

约翰·兰德尔是市场顾问，他的工作就是帮助拟订下一年的销售计划，他说 Electro-Toys 公司经过这场由 Fast-n-Tite 公司带来的灾难后，可能从此失去了它在视频游戏市场中的竞争地位。

或者你更愿意让马文·布鲁克斯通作证。马文·布鲁克斯的主要工作就是向 Electro-Toys 公司的总公司国际联合企业 (international conglomerate) 做报告。

清楚的立论立场

直接专家 (hands-on expert)(直接说出他或者她实际感知的事实而不是推论可能的情形) 作证的最有效方式之一就是让法官和陪审团知道他们在通过证人的眼睛看事实。

做法很简单：

问：医生，你能展示给我们看看放射科医生在 X 光片里都看到了什么吗?

或者你可以强调你叫证人做的事：

问：昆西医生，我希望你能带我们回顾一下亚当斯先生被送进大学医院急诊室时你给他检查的情况。我想通过你了解他的情况。假设你现在正在检查，你能告诉我们你看到了什么，那意味着什么吗?

最后，你可以让证人从你的委托人的立场出发——教陪审团怎样站在你的委托人的立

场——尽管你不用直接要求法官和陪审团这么做。

问：舒加特博士，对于屋主来说，这意味着什么？比方说，他们的房屋/英里范围内有这样的一个垃圾处理厂。

答：十足的经济灾难。所有研究表明带这样一个3英里半径的垃圾处理厂的独户住宅房屋，其产权从原来下降40%到现在下降60%。尽管这些户主从未注意过这些垃圾处理厂，但是它们使得房屋价值贬值了一半。

就是这种态度，你希望陪审团带着这种态度进入评议室。

第62章 建立联系

贝斯说："那，你怎么看?"

贝斯·戈尔德在一起谋杀案庭审中为辩方作总结陈词，他让我们指正她的不足之处。

我说："说真的，眼神交流很成功，准备工作也非常到位。"

"你在黑板上画的等值线简直非同凡响呀!"里吉斯·麦科密克说。

安格斯停顿了一下，最后说："我同意你们的说法。贝斯，你做得很好，很专业。显然你对案件事实很有把握，总结陈词也没问题。但是，现在的问题是，不知为什么，我老想与你争论点什么，我想现在我知道原因了。"

"你步步逼近，不留余地，"安格斯说道，"你做得太过了，每个推论，只要其逻辑可以延伸到的，你都对之争论不休。"

"这样不好吗?"贝斯问道，"我觉得那就是总结陈词的目的所在——辩论。"

"当然，"安格斯说，"但是你没有让陪审团置身辩论中，你所做的仅是告诉陪审团怎样裁决。"

"你什么意思呀，我没有让陪审团置身辩论中?"贝斯问道，"我说的任何一件事情都是指向陪审员的呀。陪审员深知我委托人的命运就掌握在他们的手里，也明白我将讨论影响他们做决定的事实。我想陪审员与我所说的话关系最大了。"

安格斯笑了，"我觉得，"他说，"我还是得坚持自己的意见。但我不会强求你认同我，我会让你明白的。"

"你看过那些恼人的电视商业广告吗?在宣传过程中，有的特点明明是另外一个事物的，还有的广告竟然连饭店的名字都搞错了。"安格斯问。

"当然看过啦，"贝斯说，"我已经习以为常了。"

"你觉得这是为什么?"安格斯问。

贝斯说："不知道，是为了强调正确的名称吗?"

"还不止呢，"安格斯继续说道，"这些广告的目的是让你自己纠正错误的名称，在他人为你纠正之前想出正确的。"

"我觉得是，"贝斯说，"但是为什么呢?有什么道理吗?"

"因为广告商不希望你只是消极观望。"安格斯说，"他们想让你积极加入他们，在他们说出正确的名称之前你自己先想起来，这样你就能记住名称，并且一想到它就能联想到适当的场景。"

"但是我又不是卖冷冻肉面包餐或是三元快餐的。"贝斯说道。

"你说的对，"安格斯说道，"所以，你要做的事情更多。你需要提出你的论点，以使陪审员思考时能联想到它们，由此，陪审员会将这些分散的论点联系为一个整体。"

"你需要激发陪审员的兴趣，让他们加入到你的论证过程。"安格斯继续说道，"你希

望陪审员们得出正确的结论——你希望该结论来自于陪审员们自己的感觉。但如果你步步逼近，结果就是遭抵触——就像刚才我对你的抵触。

“如果是陪审团自己的想法，”安格斯说，“他们将深信不疑。人们通常都是青睐于自己的想法，陪审团也不例外。”

“不错，”贝斯说，“那我应该怎么激发陪审员的兴趣呢?”

“有很多种方法，”安格斯说，“最好的一个方法我称之为‘建立联系’。该方法可用于法庭审判的任何阶段——开庭陈述，主询问，交叉询问，或者总结陈词。”

“秘诀很简单，”安格斯接着说道，“首先你同时提出两个事物，余下的事就是陪审团的了，他们将把这两个事物联系起来。比如，你正在质询马蒂·德雷维克，他在一起摩托车事故中受伤。在主询问中，德雷维克坚持说事发时他的车速才每小时25英里。交叉询问时你想攻破他的谎言。

问：当时你骑的是那样一台大马力的摩托车，车速却只有25英里，你认为陪审团会相信你吗?

答：当然，事实就是如此。

“有作用吗?”安格斯问，“没有。听起来像那种猛烈攻击型的质询，但是通常会被忽略。但是如果你使用建立联系的方法，再看看会怎么样：

问：德雷维克先生，6月6号，也就是你受伤的当天，你骑了一台新的雅马哈1000FSR型号的摩托车?

答：没错。

问：马力是138?

答：差不多吧。

问：我希望你确定，德雷维克先生，看看这本小册上的说明，这上面有介绍到你的车吗?

答：有。

问：是138马力吗?

答：对，没错。

问：车重381磅?

答：对。

问：打到一挡时，车速将达到50英里每小时?

答：嗯。

问：二挡90?

答：嗯。

问：三挡超过120英里每小时?

答：对。

问：四挡将超过每小时145英里?

答：是的。

问：五挡就超过了175英里，是吗?

问：差不多。

问：但是你说当时的时速只有25英里每小时?

“当你攻击有偏见的证人时，建立联系的方法特别管用，”安格斯说道，“偏见是个很有力量的东西，它绝不是附属问题（it is never collateral）——也就是说，若你质询证人的偏见，而他否认，你可以用单独证据（independent evidence）证明偏见的存在。

“尽管偏见有很大影响力，但缺乏集中点，一般都指向证人的可信性——而不是证言



的某一部分，所以如何在证人的偏见与你想攻击的证言之间建立起联系，就看你的了。

"有一点很重要，需要注意，"安格斯说，"交叉询问时你提出了两个能让陪审团连接为一体的证据，就意味着也必须质证这两个证据。"

"但那是不是意味着你必须违反这样一个规则：交叉询问时不得重复主询问的内容?"贝斯说。

"当然啦，"安格斯说，"但并不是说你要完全重复主询问，让陪审团再听一遍。当你选择了主询问中的片段进行攻击时，要用你自己的方式。

"比如说，马文·麦基里克主张你的委托人卡伦·奥尔森与麦基里克电子公司签订了供需合同。

"卡伦·奥尔森说他们只是谈论了签订合同的可能性，但没有达成正式的合同。

"约翰·范·伊斯在证人席上作证。主询问中他说看见了卡伦·奥尔森和马文·麦基里克就签订电子用品销售合同'握了手'。你决定用这句证言来攻击他的偏见。

问：事实上你并没有参加谈判，是吗?

答：没错。我在场，但是是卡伦·奥尔森与马文·麦基里克在讨论合同的事。

问：当时你在会议室里等马文·麦基里克吗?

答：是的。

问：你当时带了一本书，边等边看书?

答：嗯。

问：是丹·布朗（Dan Brown）的《达·芬奇密码》(*The Da Vinci Code*)?

答：对。

问：挺不错的书吧?

答：是呀，不错。

问：谈判下半场的时候你出去买了咖啡，然后去了休息室，是吗?

答：没错。

问：所以显然你并没有听见所有事情，是吗?

答：听见了一部分。

问：(以一种疑惑的口吻）但是你很确定奥尔森小姐和麦基里克先生在会议上达成了正式合同?

答：是的。

问：范·伊斯先生，你在麦基里克电子公司没有股份吧?

答：这与本案有关系吗?

问：那就要问陪审团了，范·伊斯先生。请告诉陪审团你是否拥有麦基里克公司的股份。

"最后一件事，"安格斯说，"不要太步步逼近，不留余地。你不想成为政治联盟中的醉汉，因为那样要靠不断拧自己的胳膊才能听清发言的内容。建立联系背后的理念就是：让陪审团也做点事。"

第 63 章 先发制人

剧作家约翰·丹尼斯（John Dennis）（1657—1734）的舞台剧《阿比乌斯与弗吉利亚》（Appius and Virginia，1709 年）使用了一种新的制造舞台雷声的方法。《阿比乌斯与弗吉利亚》演出后，反响平平，但是人们对雷声很感兴趣。很快剧院就取消了这部剧。几天后，丹尼斯有天晚上去看麦克白的舞台剧。突然，出现了大量的舞台雷声——是用丹尼斯的方法制造的，丹尼斯立刻暴跳如雷：

"看看这些无赖怎么在利用我，他们不演我的戏，还偷走了我的雷声（steal my thunder）（先发制人）。"

政府的明星证人正站在证人席上，他的证言至关重要。这是一起在俄亥俄州东北部联邦地区法庭审理的有组织犯罪，现在，政府最头疼的就是这个证人。该证人参与了一些犯罪并获轻刑，政府为了获取他的证言，答应豁免其罪行，而他的犯罪记录比被告人所指控的任何一项罪行都要严重。不难推测辩方律师交叉询问时会问什么。

但是还未到交叉询问阶段，检察官就所有事实询问证人——甚至是黑社会执行刑罚时血淋淋的场面。一连串问题下来，检察官最后问道："你参与谋杀了吗?"

定罪后，有个法官找陪审员讨论。即使上诉法院也觉得他这样做很危险，但他依然我行我素。尽管有很大风险，该法官就是想知道陪审团为何作出此一裁决。这次他问到了那个被豁免的证人："你们听了检察官问及该证人所犯的罪行，还包括谋杀罪。知道了他的所作所为后，你们觉得还有可能相信他的话吗?"

陪审员的答案发人深省："既然他连所有严重的行为都承认了，我们觉得在这起案件中，他应该会说实话。"

这就是所谓的"先发制人"，其理念就是，把对方攻击你的事实为你所用，在对方有机会说出不利的事实之前，自己先承认了。做得好的话，能挑出对方陈述和证据中的很多瑕疵。

这是初审法官们代代相传的智慧结晶之一。可能你在法学院上学的时候也听过的吧。问题不是"先发制人"有没有用，而是何时用，何时不用以及怎么用。

有些时候，法庭不允许使用对方将要使用的攻击你的事实。普通法的观念就是双方将有助于证明争议事实的证据拿出来，可能用于攻击但在攻击之前就对其予以回应的证据是不可采的。如果对方是否进行攻击还不确定，就允许提出回应的证据，显然是荒谬的。在很大程度上，这种观点仍然是正确的。譬如说，你不能在证人作证之前支持他的可信性，不能在还没有最近捏造的迹象时就提出他的先前一致陈述。（See Rule 801（d）（1）（b），FED. R. EVID.）

但是先发制人不等同回应攻击——而是说，以自己的方式提出对自己不利的证据。承

认不利的事实与试图为之辩解是有区别的。在攻击来临之前对之回应，理论上讲是不允许的。

你想发起的很多先发制人大多是攻击己方证人可信性的事实。与几年前相比，现在攻击证人可信性的事实可采性标准放宽了。根据《联邦证据规则》第607条，你可以弹劾你自己的证人，而根据普通法规则，这是被禁止的。

先发制人真正的要点是：与其之后由对方提出不利事实对你攻击，不如自己抢先一步提出，这样对你的危害反而小一些。自己提出不利事实以减轻对方的打击力度，并没有将你的举证事实提前。这些你先提出来的事实有怎样的关联性呢？

答案之一是，有些州特别允许刑事案件的被告人在主询问中提出其先前定罪记录，以准备迎接控方的交叉询问。同一种观点也被用于其他情形中（该结论未经认真分析）。另外一个答案就是，自己反对自己将提出证据的相关性，这种情况不大可能。所以，与其论证你使用而对方不使用的证据，不如评论那些陪审团还不知道的事实。

不论其背后有什么理论基础，“先发制人”已成为习惯法规则，初审法官会允许你多次采取这种先发制人的方法。

当然，你有很多机会先发制人，根本不存在证据方面的困难：先前的受伤使恢复更加困难；市场形势的变化带来损失的增加；罢工运动导致几个月的停厂。不管哪方提出，都改变不了这些事实与案件具有相关性的性质。

如果你是某一刑事被告的辩护人，将对方的攻击点据为己有的最佳时机是有先前定罪记录的被告人打算以证人身份作证时。问题是，何时提出定罪记录合适呢？

杰拉尔德·戈尔登是俄亥俄州克里兰市的律师，他认为一般不要在开庭陈述时就提出被告人的定罪记录。

除非你能确定被告人将以证人身份作证，否则在开庭陈述时就提出先前定罪记录是不明智的。开庭陈述是表现被告人具有人性，表明他不会犯所指控的罪的好机会。不要在开庭陈述中插入先前定罪记录，除非你确信被告人将以证人身份作证。

如果被告人真的作证了，你可以在主询问中快速、简单地提及先前定罪记录，问被告人是否对其所犯的错误服务了特定的年限，偿还了一定的债款。

你不应该掩饰你所知道的事实，其他人能提出来的有利事实。比如说，有一些检察官，为了尽量不让别人知道他与证人（将为政府作证）达成了豁免协议，就在协议中不明确说作证证人将得到什么回报，而是希望证人说检察官“未作任何承诺”。为了获得被告人的认罪和对被告人不利的证据，所有的检察官都认可的一件事是“告知法官证人愿意合作”。

在对其中一个“未获任何承诺”的被告人进行交叉询问时，你的感觉是证人越是“合作”，他期待得到的好处越多。为了防止对方对豁免协议进行攻击，检察官使用了类似于“风险代理”的方法，这使得证人更有动力去作证，并尽力使证言有助于指控。

不用非等到主询问时才提出被告人的先前定罪记录。新墨西哥州阿尔布开克市的兰迪·麦吉恩律师则有不同的看法。

被告人如果不作证的话就等于自取灭亡。陪审团希望听到被告人否认罪行的一幕，好观察他否认时的行为举止。即使被告人有一个重罪记录，也好过不作证。如果被告人不愿作证，尽管法官指示陪审团不能考虑不作证的情形，但是还是阻止不了陪审团内心形成被告人有罪的印象。

也就是说，从一开始，我就提出先前定罪记录。如果是在州法院，我将在预先审查程序（vior dire）中询问定罪记录的情况，以观察陪审团得知定罪记录时的反应，并看看这

对陪审团的影响到底有多大。若是在联邦法院，我就会要求法官将被告人的定罪记录作为指示的一部分告知陪审团。不管是在地区还是联邦法院，我都是在开庭陈述时处理定罪记录的。

先前定罪记录确实不利，但总好过在整个庭审过程中保持沉默。

该方法不仅适用于刑事被告人。曾经担任过检察官的麦吉恩就说，检察官要谨慎了，不要将所有的不良记录和污点一下子暴露出来。

……不仅是一个职业道德问题，还有策略上的原因。与那些表现的正直和公平的检察官相比，"疯狗"检察官败诉的机会总是居多。辩护人为了将自己的案件引到最好的方向而情绪上表现出与对方的对立，这一点陪审团能够谅解。而对于检察官，陪审团认为他们必须公正。如果陪审团认为检察官隐瞒了什么事实，那麻烦就大了。

先发制人不仅仅适用于刑事案件。在几乎所有的民事案件的初审中，都有机会观察对方将要采取什么行动，从而抢先一步采取措施。以上观点可以走得更远一点，对于你的每一个证人，与其让对方在交叉询问中利用某些事实，不如自己在主询问时就交代清楚。

但是如果你打算自己交代的话，你必须清楚事实和问题是什么。你认为这是显而易见的问题，是不是？不一定。若你想防止对方对你的证人发起毁灭性的攻击，必须事先将你方证人的情况调查清楚，而且要仔细，不能逊色于对方将要对其进行的调查。你可不能指望证人自己告诉你你想知道的他的一切情况——特别是如果证人是专家。你该怎么做呢？看他写的每一篇文章，弄清楚他的来历。还有，别忘了查一下他在其他法庭上的作证表现。

劳心劳力做这么多事情，有这种必要吗？

美国中西部地区的一场谋杀案的庭审会告诉你答案。指控需要由一个病理学专家作证。他的工作就是，看一张彩色照片上的被害人尸体，判断他的死亡时间。检察官必须去外地找专家，还好最后找到了一个病理学家，还是一名享有盛誉的法医。辩方律师无法从报道过的案件中找寻太多关于此证人的信息，但是当地的报纸上报道过该法医的事迹。有一篇文章描述了该法医曾经参与作证的一个案件，辩方律师仔细分析文章之后发现了重要信息：法医曾在作证时说过，从彩色照片上的尸体判断死亡时间是完全不可能的。而此时检察官不知道这一信息，因此，在对方拿这一事实攻击证人之前，检察官是没有机会陈述该事实了。

但是不幸的是，有些情况下，自己交代不利的事实并不能产生很好的挽救效果。那时你将认为得到的回报太少了，不值得你中断自己的案件。这种情况是：当某观点是"另一方当事人提出的争点"时。(the other party's issue)

但是这也不意味着你全盘皆输。来自佛罗里达州迈阿密的最高法院法官雨果·L·布莱克（Hugo L. Black）就说："当对手用一个争点来攻击你，你就回应他更有力的争点。这是一种转移视线的技巧，你所要做的就是找到恰当的争点并以之取胜。"

一旦你在盘算自己提出不利的事实，你就知道以上观点的作用无处不在。华盛顿特区的尤尼亚·贝斯特指出，实际上，这不只是法官和陪审团使用的技巧，还可以用于当事人的协商程序中。有时，你最应该做的就是承认比对方预期还多的不利事实，这就能消除对方的敌对意识。

贝斯特代理一起经纪人诉证券交易委员会的案子。证券交易委员会要吊销他的执照，砸了他的饭碗。显然，现在经纪人要进行防御，双方都卷入了一场漫长的庭审过程中。

在这种情形下，双方想要的都是想出加强对抗对方的策略，夸大自己的有利立场以及作最小限度的让步。协商刚开始，来来回回了几次，都没什么进展。



贝斯特一接受这个案子就作出了最大的让步："看，我不是来与你玩的，摆在你们面前的是为期四个月的审判，到时候只能两败俱伤。你们希望严厉制裁我的委托人，而我想挽回他的职业。你们想要什么样的让步，只要我可以，我都给你。你可以让他暂停执业60天，两个月内不能踏入证券市场。我可以答应你。两个月以后，他自然失去了所有的客户，失业也是在所难免。接受60天的暂停执业，那么就达成协议，否则我们只能在法庭上见了。"

最后，协商成功了。

第64章 不利证人

辩护组的人谁也没预料到接下来发生的事情。这是一起简单的商业案——被告违约，原告主张被告欺诈（辩方律师认为原告为了使其主张更有力硬说是欺诈，很是牵强）。可是当原告的律师，芭芭拉·斯汪森，传来她的第一位证人时，形势对他们完全不利了。斯汪森本应传唤被告的职员（他可以站在原告的立场上向法庭交代案件基本事实），但她却选择被告的仓库管理员作证，在被告的证人名单中，这是最不利于原告方的证人。

在不到半个小时的时间里，斯汪森慢条斯理地击溃了那个管理员。斯汪森用电话日志恢复了他的记忆，用仓库记录质询并指出管理员证言中的五个错误，而且多次利用他的附誓证词弹劾他，直到最后管理员实在招架不住了，恳求斯汪森不要再质问他了。

当芭芭拉又一次向法庭提出那个管理员的证言时（不知道是第六次还是第七次了），管理员说话了："好了，律师，我信你，如果你觉得我说过，那就是我说过。"

"谢谢，威尔肯斯先生，"斯汪森说道，"但是陪审团需要听你的第一次宣誓证言。"显然管理员这边已经崩溃了，于是辩方没有继续再问，让证人下去了，质询结束。

质询不利证人是证明责任制度的产物。当一方当事人应该证明的事实只有对方证人才能提供时，如果不能让该证人公开在法庭上作证，显然对承担证明责任的一方当事人是不公平的。

早在《联邦证据规则》制定之前，《联邦民事诉讼规则》第43（b）条有以下规定：

一方当事人可以使用诱导性问题（leading questions）质询不合作或者有敌意的证人。一方当事人能传唤敌对当事人，或者作为敌对当事人的公共或私人公司、合伙或组织的职员，主任或者管理机构作证，可以使用诱导性问题对上述人员调查提问，可以对其进行全面的反驳和弹劾（被传唤的证人就像由敌意当事人传唤的一样），可以由敌意当事人或者代表敌意当事人对被传唤证人进行弹劾和反驳，敌意当事人可以基于其举证阶段的询问交叉询问该敌对证人。

虽然《联邦民事诉讼规则》第43（b）条被《联邦证据规则》所取代，但是前者包含了质询不利证人的所有要素：

- 可以诱导询问不利证人。
- 可以对其弹劾，即使不利证人作出了对你有利的证言。
- 可以将交叉讯问的范围限制在主询问提问的范围内。

对于以上三个权利，《联邦证据规则》却只确认了两个半：

- 你可以诱导询问不利证人。——规则第611（c）条。
- 你可以弹劾不利证人——因为根据规则第607条你可以弹劾任何证人。
- 但是你可能不能限制交叉询问不利证人的范围，因为根据规则第611（b）条，法院有权裁量许可交叉询问超出主询问的范围。



和其他诉讼方法一样，质询不利证人规则的确立也经历了曲折的历程。20世纪50年代和60年代，许多州仍规定双方当事人对他们的诉讼请求和答辩主张进行证明，这对原告方有利。如果被告对原告的指控进行概括性的否定，就等于让其在案件一开始就作证，这样做旨在使被告承认基本无争议的基础事实——再质询其经过宣誓提出并概括否定的答辩主张。

与《联邦民事诉讼规则》第43（b）条的规定不同，有些州不要求将交叉询问限制在主询问的范围内。为了反击对方的不利质询，有些律师故意让被告重复主询问中的证言，拖延交叉询问的时间。如果这种无限制的询问使得被告的最重要证人最后崩溃，同样的，在某一关键观点上，被告重复的交叉询问也能打断原告的主张。

当法律不再要求当事人必须证明其诉讼请求和答辩主张时，上述循环质询的把戏开始逐渐减少。同时，《联邦民事诉讼规则》第11条对滥诉的律师进行制裁，这使得概括性的否定微乎其微。70年代晚期，一些律师代理课程培训取消了质询不利证人的课程，一大批律师认为这对于他们无关紧要，因为他们确实也没有进行过这种质询实践。

质询不利证人，不只是律师拖沓诉讼的小把戏，有时它可能是挽救你方举证于危机之中的唯一途径。其作用就在于，传对方当事人的证人作证（甚至是对方当事人本人），能确立整个庭审的基调。

问题是，何时传唤不利证人作证呢？

新墨西哥州阿尔布开克的保罗·巴达克律师（Paul Bardacke）知道怎么做。他说："将质询不利证人的机会留待于攻击被告的书面证言，到时传唤被告到法庭上作证，在其律师还来不及在主询问中美化其形象前，揭露他的本来面目。"

但是正如巴达克所言，这样做有风险，"即使你可以主导不利证人，但是他可能会控制事实或以自己的方式陈述事实——法庭也许会许可。这样的话，你在陪审团面前揭露他的可能性就大大降低了"。当然，相对于被告的亲自作证，还是使用被告的书面附誓证词作为实体性证据比较保险，巴达克又说："但是，通过法庭比通过书面附誓证言更能看到被告人不好的一面。"

威斯康星州密尔沃基市的鲍勃·哈布什（Bob Habush）说，在以下两个场合中，原告律师最应该考虑利用质询不利证人的方法。第一个就是在产品责任案中，被告聘请了工程师或者工业专家，他们既可以作为普通证人协助原告诉讼，又可以作为被告的专家证人为其提供专家证言。披露专家在类似案件中的作证经历，为采纳在其他情况下可能不被采纳的证据敞开了大门，比如其他案件中的与此案件不一致的辩护证言。

哈布什说："第二个可以考虑质询不利证人的情形就是医疗事故案，其中被告负有无法推卸的责任。将被告推上证人席，极力弹劾，实际上这样能显示被告明白他有过错。"

哈布什说，如果恰当的质询不利证人，将会阻止辩方对余下的证人进行交叉询问。"辩方为了挽回失利，在法庭外对该证人刚才的缺漏进行补正，在接下来的审判中再对其主询问。"

芝加哥市的吉恩·斯奈德（Jean Snyder）说，一个预先禁令（preliminary injunction）是传唤对方当事人作为不利证人的最佳时机。在较早时期，其他律师还不知道他们实际上扮演的角色就是十足的骗子和无赖。在还没彻底弄清他们的举证事实时你可以发现一些重要的供认和矛盾之处。"此外，"斯奈德说，"不要指望你的对手会传唤你想攻击的证人作证。如果你一直保持被动的话，很多重要的信息就被你放弃了。"

鲍勃·迪普伊（Bob Dupuy）也是密尔沃基市人，他认为你的程序立场与是否质询不利证人密切相关。如果你是原告并负举证责任，"借对方之口证明事实显然更有说服力"。

还有一个地方可以用到质询不利证人的方法，但是大多数民事律师都会忽视这一点，那就是刑事案件中的证据开示阶段。

当然，只有在适用审前听证的州该方法才有用武之地。首先，在常规情形下证据开示的机会并不多。许多刑事案件的律师都利用审前听证程序来评估控方证人以及证言。控诉通常谨小慎微，以防暴露控诉的策略，控诉时一般是提出一个“梗概”案件，除非必要，不会指导辩方律师或者提供很多他们可以攻击的案件细节。

许多刑事辩护律师在审前听证程序中很少有所作为，因为他们害怕盘问太多反而暴露了自己，在无意中帮助了指控。即使有权传唤自己的证人作证，他们通常也不会这么做。

所以，通常的情形是，证人作证的情况寥寥无几，而双方彼此知之甚少。经过一些形式化的动议后，案件推进到下一阶段，然后所有人都回去了（除了被告人）。

密歇根州安娜堡市的汤姆·O·布莱恩（Tom O'Brien）认为，其实那样做是错误的。传唤证人作证的权利——特别是不利证人——是发现关键事实的重要机会。

1990年，密歇根大学橄榄球教练巴德·米多（Bud Middaugh）被指控盗用学校资金。米多的工作之一就是教他们的球员将他们的项目出售给国内足球比赛。米多被指控未报告1987年的销售总额，把这笔钱分给了橄榄球队的球员。

指控的关键点是证明米多给其球员的钱属于学校。当汤姆·O·布莱恩为米多辩护时，其在审前证据开示中认真质询了不利证人。

因为获准了审前听证程序的传票，汤姆·O·布莱恩发出了一个详细的“附带证件到庭作证的传票”（*subpoena duces tecum*），他让大学主管人员提供学校就销售足球项目所制定的规则和条款，同时还包括学校与米多就销售足球项目所签订的合同、备忘录以及往来文件。

但是他们一样也没拿出来。

最后，在审前听证程序中法院裁定撤销该案。

第 65 章 被告人以证人身份作证

现在的问题是被告人是否应该以证人身份提供证言，这个年轻律师认为被告人可以作证也可以不作证。

年轻律师在法学院学的只是基本的原则性知识，如下：

- 在联邦和州的指控中，被告人享有不得被强迫自证其罪的自由。
- 不得被强迫自证其罪的自由，意思是，被告人没有作证的义务。而且只有被告人本人有选择是否作证的权利，其他人不享有该选择权。
- 检察官不得就被告人不作证的情况加以评论。
- 如果被告人以证人身份作证，他的先前定罪记录和不良行为可以被用于弹劾其可信性。

年轻律师没错。但是实际情况比上述规则复杂得多。下文以证明责任为例说明。大家都知道，控方负有将案件证明到排除合理怀疑的义务。任何法官都会就此给陪审团以指示，但后者不一定遵守指示。俄亥俄州克利夫兰市的吉拉德·马瑟曼（Gerald Messerman）认为，大多数刑事案件中的证明责任由被告人承担，因为他已经被指控、被逮捕、被带上法庭确认，这些程序的潜在信息就是被告人有罪，除非被告人能够证明自己无罪，否则他将被认定为有罪。

这种事实上的证明责任迫使被告人以证人身份作证。佛罗里达州萨拉索塔市的彼得·马尼奥（Peter de Manio）就说："我倾向于让被告人作证。陪审团想听听他们怎么说。当然，有些案件可能不适合被告人作证（比如被告人精神失常），而其他案件，不作证的被告人有危险。"

俄亥俄州克里兰的吉拉德·戈尔登（Gerald Gold）认为彼得的观点有点牵强，他认为："有些情况下（the percentages are），如果你不作证可能会被定罪，但有些情况下（the percentages are），即使你作证还是会被定罪。我的经验是，作证比不作证略占优势。"

得克萨斯州奥斯汀的米歇尔·泰格（Michael Tiger）则持不同的观点。被告人作证总是不利的。"我的导师是爱德华·贝内特·威廉斯，他倾向于（与我相比）证人作证，但是即使是他也认为：'经历一个刑事案件就像在经历一场在暴风雨中的航行，你已经身处险境了。所以被告人作证时总会呛到水（存在对其不利的因素）。'"

先前定罪证据的可采性

上庭宣誓的压力和直视陪审团是考虑被告人是否作证的因素之一。再回顾前面学过的规则，看看这些证据规则中的奇怪之处。被告人的先前定罪记录不能被采纳为证明其具有犯被指控之罪的品格。

但是一旦被告人作证，他就不再是被告人，而是证人了。他的品格诚实与否成为争议事实。也就是说他的定罪记录以及先前的不良行为与其可信性相关，可以在交叉询问时作为弹劾证据提出。

然而，让陪审团知道被告人过去的定罪也不能改变证据规则的规定。由定罪记录得出被告人具有犯被指控之罪的倾向是不适当的。被告人的定罪记录不能表明他就是罪犯——只是表示他可能会说谎。因此，你可以请求法官指示陪审团（如果你认为有用的话）适当考虑定罪记录的证明作用。

显然，有一些定罪记录更不利于被告人。如果被告人被指控犯夜盗罪，先前的夜盗罪记录传达的信息是：被告人可能是惯犯；日益加剧的暴力表现传达的信息是：被告人正处在危险的、堕落的边缘。

但是一个几年前发生的相对轻微的犯罪行为给陪审团的印象就是，控方努力证明被告人看起来不像好人，但是终究失败了。

并不是所有的定罪记录都可以被采纳为证据。根据《联邦证据规则》第609条的规定，当被告人以证人身份作证时，有两类定罪记录可以被采纳为弹劾证据。（根据规则第609条，第三类适用于证人不是被告人的情况）第一类是涉及不诚实和虚假陈述的犯罪。无论重罪轻罪，一律自动被采纳为证据。第二类是不涉及不诚实和虚假陈述的重罪案件，只有在法院认为该罪的证明价值“超过对被告人造成的偏见影响……”才被采纳。

“超过对被告人造成的偏见影响……”，这句话很重要。认为不涉及不诚实和虚假陈述的重罪记录是可采的人，有义务提出证据证明其“证明价值超过对被告人造成的偏见影响”。该条规定排除不涉及不诚实和虚假诚实的先前定罪记录，除非该定罪记录的证明价值超过使用它造成的危害。换句话说，偏见平衡了这类证据的可采性。这与联邦证据规则关于证据可采性的一般规定相悖。根据规则第403条，除非证据的证明价值“实质性地超过”不公平偏见的危险，否则该证据不可采。

还有一点。规则第609条考虑的是“对被指控人的偏见”，而不是对证人或者当事人的偏见。所以先前定罪是否可采取决于证人是谁。

规则第609条的“平衡检验”表明，法庭可以裁量是否弹劾某证人。你想知道在被告人以证人身份作证之前法院怎样行使裁量权。毕竟，法院的裁量决定又是被告人考虑是否应该作证的最重要因素。

还好，被告人有权提前获知法院的裁决。根据《联邦证据规则》第104（d）条，“当被告人愿意以证人身份作证并申请听审时”，关于证据可采性的听审应该避开陪审团秘密进行。但是即使他提前获知了裁决，也未必就是准确的。

怎么会这样呢？

在合众国诉卢斯案（*United States v. Luce*，105. Ct. 460（1984））中，被告人在证据排除动议（limine）中提出了排除先前定罪记录的证据排除申请，初审法院驳回了他的申请，并裁定先前定罪记录可采。卢斯决定不以证人身份作证。最高法院在审查初审法院的定罪裁决时认为，因为卢斯并未被实际弹劾，所以他无资格反对初审法院的裁定。最高法院的大法官们认为，即使初审法院关于先前定罪记录可采性的裁决是错误的，也没有对卢斯不利。

只有不理解初审审判的法官才会作出“卢斯决定”（Luce），他们大大削弱了平衡规则的价值，却没有辅之以良好美意。如果最高法院认为初审法院的裁决是错误的，可以直接说出来；如果最高法院认为虽然裁决是错误的，但不影响定罪，因为有罪证据确凿，他们可以说初审法院的裁决是无害错误；或者，如果最高法院认为反正卢斯也不会以证人身份

作证（可能最高法院也并不关心），他们本可以说初审法院的错误裁决是无害错误也行。

但是最高法院并没有作出以上举动。相反，他使用了一个弹性很大的概念——资格。因此最高法院切断了好的和坏的案件被审查的机会，除非被告人实际上作证并被弹劾——为了检测审前裁决是否正确，被告人付出的这一代价也太高昂了。

你会说："等一下，假如法官否决了我在证据排除动议（limine）中提出的证据排除申请，而被告人又准备以证人身份作证，如果被定罪的话，被告人保留了上诉时攻击初审法院裁决的权利。至少就控方在交叉询问时提出先前定罪记录进行弹劾的行为，我能挑出一点问题来。"

"很抱歉。"奥诃乐诉合众国案（*Ohler v. United States*，529 U. S. 735（2000））的初审法院会给你一个失望的答案。当被告人自己提出弹劾材料时，那不是弹劾，而是开门原则。为了保留你上诉时攻击错误审前裁决的权利，你不必让被告人作证，第一拳可以让控方出击。

未被指控的不良行为

当被告人作证时，让你担心的不只是先前定罪记录，还有另外一类弹劾资料——未被指控的不良行为。根据联邦证据规则第608（b）条规定，法院可以裁量允许交叉询问时，提问涉及证人诚实或不诚实品格方面的行为细节。

也就是说，即使证人从来没有被指控过犯罪，但是法院可以许可质询其不良行为。虽然规则第608（b）条不要求必须用定罪记录弹劾证人，但是你应该了解该规则有一些重要的限制性规定：

- 不良行为必须与诚实品格密切相关。
- 交叉询问者必须有善意的理由相信证人实施了不良行为。
- 交叉询问者"受证人答案的约束"。换句话说，就是你可以询问证人他是否实施过不良行为，但是他一旦否认，与证明先前定罪不同的是，你不能提出其他外在证据证明先前不良行为的存在。
- 法院可以裁量不同意质询证人未被定罪的不良行为。

正如关于先前定罪的可采性各州规定各不一致，各州对不良行为的可采性也是规定不一。有三种不同的大致规定：

1. 与联邦规则一致，不良行为必须与证人的诚实品格相关。
2. 不良行为只需表明道德上的恶——只是那些"道德邪恶"的行为。
3. 不良行为可以不被引入交叉询问以攻击证人的可行性。利用未被指控的不良行为弹劾证人，其附带产生的因素之一是反对自我归罪的特权问题。

为什么附带因素会成为问题呢？

允许交叉询问证人不一定意味着证人一定要有问必答。规则第608（b）条规定，当证人被质询"仅涉及可信性的问题"时，证人提供证言不代表放弃其享有的反对自我归罪的特权。

你会说，好吧，就算你说的对。可是问题出在哪里呢？如果证人被问到是否实施了其他的犯罪行为，他将面临三个尴尬的选择：

1. 如果他承认实施过其他犯罪行为，那么在证人因该罪受审的程序中，承认可以作为证据。这种情况下，证人是在自我归罪。

2. 如果证人做否定回答而该否认是错误的，证人将面临伪证罪的处罚。即使他的回

答是真实的，陪审团照样会认为他在说谎。

3. 不拒绝回答这一问题倒是能避免在其他审判中自我归罪，但是在正在审理的案件中，他是在自我归罪，因为这表明他在隐瞒什么。

显然，交叉询问未被指控的不良行对被告人具有致命性的打击——特别是你还不知道对方将就被指控的不良行为质询时。很难剔除陪审团已经知道的事实（the bell cannot be unrung）。所以想要阻挡灾难，审前动议是必要的。如果法院拒绝了你的动议，而认为被告人将要以证人身份作证时，至少可以通过预先审查程序或开庭陈述削弱对方的打击。

在进一步讨论之前，还要注意一点，我们已经考察了有关用来弹劾证人可信性的未被定罪的不良行为的规则。记住，先前不良行为也可以用来表明犯罪和违法行为的动机、机会、意图、或是准备；还可以表明其计划、知悉、身份、或者缺乏错误；或者表明意外。那样规则就全都改变了，控方举证阶段可以用不良行为，而这些不良行为的可采性与被告人是否作证无关。为最好的处理此类问题，参见爱德·J·伊姆温克里德（Edward J. Imwinkelried）的《未被定罪的不良行为》(*Uncharged Misconduct Evidence*, Callaghan & Company, 1984)。

要考虑的因素

交叉询问有可能涉及被告人的定罪记录或者未被定罪的不良行为，但是这并不意味被告人以证人身份作证是错误的。然而被告人作证的代价是高昂的，需要谨慎考虑才是。以下是你需要考虑的其他一些因素。

被告人将作为什么样的证人？

有些律师并不知道被告人将要成为什么样的证人，所以他们不愿意让被告人以证人身份作证。要知道被告人将要成为什么样的证人，方法只有一种，那就是花时间——大量的时间——检查被告人的证言，指导他在主询问和交叉询问中如何做。

你要明白，刑事案件与民事案件完全不同。与民事案件的原告和被告相比，刑事案件的被告人更容易毁了自己的案件。吉拉德·马瑟曼（Gerald Messerman）说："每个人都期待被告人说谎。因此如果被告人走上证人席，说话闪烁其词，表达模棱两可，看起来战战兢兢，或是犯了个错误（如果他不是被告人的话这个错误就是个无关紧要的小错误），在这种情况下，被告人被定罪的危险成倍地增加。"

除了说话时犯的错误外，还有其他方面使得被告人看起来像坏人。有证人在外貌、举止、措辞甚至是说话音调方面不讨好，即使你在私底下为他做多好的准备，还是会给人他有罪的印象。正如已逝的丹佛市的鲍勃·汉利（Bob Hanley of Denver Colorado）先生所言："通过穿着来为某些证人赢得好印象，就好比教猪学唱歌。效果总是令人失望的，结果还惹得猪失去耐性。"

你在哪个法院？

评估证人能否过关，部分取决于你在哪个法院以及公诉人是谁？一个刚毕业两年的州检察官助理（他在开庭前几天才拿到案卷）与一个资深的联邦检察官助理（从起诉一开始就参与案子）相比，前者的交叉询问可能没那么锐利。但是不要单凭这点就获得不正确的安全感。正如彼得·德·马尼奥所说，相对于公诉人在法庭上的交叉询问而言，我更害怕自己的委托人因其行为造成了不好的印象。

可以以其他方式作证吗？

比如以下这种情况，被告人在警察或者联邦调查局侦查时作出了陈述。通常被告人不会作证以证明该陈述，吉拉德·戈尔登建议，在这种情况下，你可以通过公诉人的口说出被告人的陈述。一种方法是交叉询问控方的证人。戈尔登还有另外一种方法：你可以在开庭陈述中提到被告人在调查中的陈述，这样，控方必须对举证阶段的被告人陈述作出处理，否则的话，陪审团会认为控方隐藏了一些重要信息。

上述做法还有一个意外收获，控方举证阶段出现的信息是法官根据《联邦刑事诉讼规则》第29条（Rule 29，FED. R. CRIME. PROC）裁决无罪开释动议时必须予以考虑的部分因素。

会减少被告的选择吗？

在一些情境案件（circumstantial case）中——是指控方的证据取决于这样一些问题：被告人的枪是否射出了子弹，受害人的圆珠笔是否用来写字，或者被告人能否从防火梯爬上20层楼。被告人在情境案件中作证特别危险。因为在这样的案件中，对于发生的事实可以有多种可能的解释（当然有些解释可信而有些则不可信），如果被告人不作证，庭审最后阶段，律师可以就每一种可能的情形论证。但是若被告人作证了，最后除了有罪论证外，你只能就一种可能的情形论证，那就是被告人作证的内容。

没必要作证吗？

某些时候，被告方举证的逻辑降低了被告人作证的必要性。比如，科学证据表明该案并非一起谋杀而是一个意外事件。在没有实际犯罪发生的情形下，被告人作证说他没有犯罪的压力要小的多。

虽然以上观点有价值，但是千万不要被它牵着鼻子走。如果陪审团对你的其他证据不满意，就像对你自己的不满意一样，要是这时还不让被告人作证，情况会变得更糟。

没有其他办法了

有些时候，被告人不作证将使得定罪的可能性加大。

什么时候会发生这种情形呢？

很多有经验的律师都认为白领犯罪（有意图犯罪）——实际上要求被告人直视陪审团，否认他们有诈骗的意图。这样做的原因是，公诉人举证事实都是记录在案的，任何事情一目了然。被告人的每一个言语举止都由白纸黑字记下来，并被公诉人提交法庭。辩方无法取消这些记录下来的文字。所以现在唯一的问题不是说了什么，而是这些话的含义是什么。

被告人做选择

你的职责是提供建议，而不是做决定。是否直面陪审团作证是被告人的选择，不是你的选择。竭尽全力阻止被告人作证可能是不明智的做法。更好的做法是说服被告人呆在律师席，在你的办公室里进行一场严肃的模拟交叉询问。如果被告人在经过打击之后，还是毅然决然的希望作证，那是他的决定，随他吧。可是这并不意味着你无事可做了。你要告诉陪审团什么？你对法庭提出了什么要求？许多律师希望尽早（比如在预先审查程序或者开庭陈述）跟陪审团说被告人没有在庭上作证的义务。但是要谨慎行事。谈论第五修正案

和不得自我归罪的自由是危险的，因为这两条均说明被告人对陪审团有所隐瞒。

有其他方法可以达到上诉目的。一个就是告诉陪审团被告人没有举证的义务，如果公诉人未完成其举证责任的话，被告人将不提交任何证据。

另外一个方法更激进一点：

女士们、先生们，他（将你的手放在被告人的肩膀上）是弗雷德·彼得斯。他是这个国家的公民，他进入法庭——仅仅是为了露个面——做了法律要求做的一切事情。甚至有过之而无不及。他已经站起来说明了自己无罪。你们知道的，这意味着他已经受到了控方的质询并否认了指控。现在他要指望你们来督促控方完成举证责任，并要求控方证明他们的指控成立。

在开庭陈述前就确定无疑的说被告人将不会作证是有风险的。假如被告人愿意作证，你可以在开庭陈述阶段论及他的可信性——如他的工作和家庭背景。但是若是被告人不打算作证，你只能谈及其他事实了。

并不是说你可以和法庭玩游戏，表现的好像被告人将在开庭陈述中作证，而随后要说服被告人改变想法。如果计划出现了法律上的变更——这种情况确实会发生——你应该带着被告人去法官室，告诉（是你而不是被告人告诉）法官被告人为何决定不再作证。此时让被告人在场，目的是确保他能在不同意你时提出意见——其实你仔细想想的话，这是为了你好。

如果被告人没有作证，你在总结陈词中可能谈及也可能不提及该事实。与此相似，你可能希望法官指示陪审团不要在定罪时考虑被告人不作证的事实，也有可能你不希望陪审团作出这样的指示。

然而，是否向陪审团作出以上指示并不完全取决于你。在湖滨案（*Lakeside v. Oregon*, 435 U. S. 33（1978））中，最高法院认为，一个被告人特别要求法官不要发出指示，而随后法院发出了此指示，被告人不得就此申诉。按照最高法院的说法，该指示旨在保护被告人的利益，并因此治愈其可能遭遇的任何反对。因此，定罪之路上铺满了良好美意。

如果你打算要求法官指示，自己先写下要求的内容。该要求可以只是说被告人有权保持沉默，陪审团不得从被告人的证言中进行任何推断。从第五修正案和反对自我归罪自由条款中进行的任何论证可能弊大于利。

法官也在听着被告人说呢

华盛顿特区的贾德·贝斯特（Judd Best）认为，考虑被告人是否作证，还有最后一个因素。陪审团不是唯一的事实发现者。法官也在听着呢。你代理刑事案件时，要在法官面前尽量将被告人表现得个性化。按照贝斯特所说，不管被告人是否作证，如果被告人最后被判有罪（大多数刑事审判的结果都是被告有罪），这是你能为他做的最重要的事情了。

最后一点。只有在被告人的作证给法庭留下了好印象时，贝斯特的观点才有用。如果被告人的作证不仅使得法庭认为他是有罪的，而且认为他犯了伪证罪，那么你所做的努力只能是越抹越黑。

第66章 一些手段

在原告律师的开庭陈述进行到一半时，被告的律师注意到他的代理席上放着一杯冰水，而原告律师席上却没有。瞬间他有了一种优越感，觉得应该写个便条跟富兰克林先生说声谢谢。富兰克林是一个律师助手，刚成为一家大公司的合伙人，该公司的业务是为审判做后勤工作。被告律师边往杯子里倒水边想，看来，地位高还有好处的。

但被告律师没有想到的是，这正是原告律师的策略：保证在整个审判过程中，每天早上和下午被告席上必须有一杯令他清醒的水（加冰和玻璃杯），原告律师甚至后来还跟陪审团说过这件事。那样的话被告律师任何时候都可以拿起水来喝，陪审团（看到他喝水意识到自己也渴了）自然很生气。

卑鄙的计谋，是吗？

不全是。还没有上升（或者说沦落）到卑鄙计谋的程度。这既不是计谋也不是陷阱，而是一种手段。有些律师有很多其他事情要做准备，可是他们却花大量的时间耍他们最喜欢用的手段，这很有意思。案件以手段制胜的情况很少（如果有的话）。但是手段的确能发挥作用。这些手段可以扰乱、打断对方的案件思路，使对方惊慌，或者就是传递一种不好的信息。本章的重点不是解释如何使用这些手段（你已经知道啦），而是提醒你警惕某些律师的手段，以便防备。

就像一杯水一样，有些手段任何案件都用得到。有些律师竭力做到在审判的某些时候接触他们的当事人——以一种不隐蔽的和社会可接受的方式——这样陪审团就会以为，律师发现他的当事人诚实且正直。毫无意外的是，这种手段正是有些刑辩律师最爱用的，他们担心如果他们看起来像在躲避被告人，实际上就是默认了被告人是残酷的（triple axe）谋杀犯。

在这一点上，有些律师甚至走得更远。在他们的理论中，没有什么比分享食物更能有效地传达接受性。你不能在陪审团面前与被告人一起吃午饭，但有些律师在审判过程中将救生圈糖（life savers）递给他们的当事人（社会接受这种在公共场合吃东西的方式）。

与此相似的是，有些公诉人不满足于仅仅是目击证人或者被害人向陪审团指证被告人，相反，他们希望造成被害人的反感和被告人的羞愧，于是，公诉人便说："看来事实无误，你能走下证人席，将手搭在那个人——他曾把刀架在你喉咙上——的人身上吗?"

还有其他一些种类的有计划的肢体语言，也是律师们常用的。有些律师告诉他们的委托人，当他们在陪审团预先审查程序的结尾咨询当事人意见时，双方均以点头同意的方式结束谈话，紧接着律师转过身对法官说："法官大人，辩方认为陪审团可以接受。"这样，陪审员的印象是，当事人认同他们作为陪审员的资格。

如果伪造的辨认联系（forging bonds of identification）暗示了一些这样的手段，那么打破这些伪造的联系则是另外一回事了，当民事和刑事案件中有无数被告人时，观察其中

哪些人打了领结并坐在角落里，表情茫然——仿佛和局外人一样不应该在法庭，这很有意思。

其他一些手段与标准的出庭辩护技巧非常相近。正如已故的密歇根州大激流市汤姆·麦克纳马拉（Tom McNamara）所说，“捕鼠陷阱”和出庭辩护本身一样历史悠久。通常情况下，主询问中一个对象的害怕和交叉询问中猛烈的攻击就是诱饵。使用得当的话，交叉询问者甚至不知道他们已经陷入圈套了——他们以为只是受到了打击。

下面举一个例子说明怎样使用“捕鼠陷阱”的手段：

在一起谋杀案的审判中，证人是一个病理学专家，他说被害人死于脑水肿，原因是被告人猛烈殴打被害人的头部引起大脑肿胀。酒精中毒也能引起大脑水肿，而实验报告显示被害人血液中的酒精含量很高，足以引起真正的重视。

病理学专家是如何解释酒精中毒不是被害人死亡的原因（或者至少是影响因素）呢？在主询问中未得出答案。甚至没有讨论到酒精问题，更别提确立问题（set up）并将之攻破。所以辩护律师便转而在交叉询问中对其猛烈攻击，大书特书其杜撰的理论。但那时他才知道大脑的肿胀与脑部组织中的一个裂口有关，显然这与酒精无关。

还有一些事情看起来是手段，但最好把它们想成是解释可能的麻烦的方法，比如，当法官认为你是在辩论而打断你的开庭陈述时。那时你必须接受法官的非难。但是这一个小冲突还不至于是以失败而终结。当你最后在总结陈词时提到你的观点时，你可以这样引入：“你还记得吧，这是沃森法官让我在总结陈词中讨论的问题。”

更为普遍的是，你还能听到律师因法官作的不利裁决而致谢。有些他们会认为，他们可能产生错觉，觉得法官是向着他们的。问题是，有时陪审团将裁决理解为不利的，他们想知道是不是律师不够聪明而未意识到这一点。更有甚者，有些法官会大发雷霆并对律师的感谢之词予以以下回应：“律师，你不必感谢我。我是根据法律而不是个人偏好裁决的。”然而，当法官真正做了一个对你有利的决定时，你应该去感谢他。这类决定包括：决定给你几分钟的时间找出物证或者宣布中途休息好让你打个紧急电话。

有些手段会引起一些道德上的问题。有些律师吹嘘说当陪审员是少数派时，在庭审中，他们将拥有一个来自少数派陪审员团体的律师助理、秘书或其他助手，与其讨论。这种行为可能被忽视或者被认为是精巧设计的——但也可能不是。不管效果怎么样，这就是一个试图通过偏见影响少数派陪审员的精心设计，而这种方法与证据毫不相关。

而有些手段则是真正的卑鄙计谋。以几年前东海岸市（East Coast city）中公诉人使用的策略为例。公诉人承办的案件是一起死刑案件，他所在的州以电椅执行死刑。他知道被告人有暴力倾向，想在陪审团面前揭露被告人的暴力倾向。所以每次公诉人走近被告人时，他轻轻地哼出一种嗞嗞声，像是电流通过电线的声音。

这一手法起作用了。就在庭审的中途，被告人终于控制不住，暴跳如雷，攻击公诉人。辩护律师这才意识到他应该反对公诉人的行为，但当时为时已晚。

有个辩护律师的手段甚至更过分，明显不适当。他声称要提供控方证人的犯罪记录，然后将从电脑里打印出来的记录全部散落在地上。经查，这些“犯罪记录”原来就是律师办公室的合同草稿。这种举动使得辩护律师付出了沉重的代价，那就是，前去接受州律师协会申诉委员会（the state bar's grievance committee）的审查。

我们更习惯于认为手段只是一些小举动，如在主询问的最后阶段公开你的物证，这样，你的对手必须做出选择，是拖延他的交叉询问以让陪审团审查物证，还是用演示证据分散陪审团对交叉询问的注意力。而且，有些律师尽量在质询结束后把证据留在展示台上，希望对方不会注意到，让这些证据继续分散陪审团的注意力。

如果辩证地思考这些策略性行为的话，你会得出这样一个结论：许多这样的策略性行为根本不值得担忧。因为它们经常不起作用，但是付出的代价可能是惨重的：丧失了法官和陪审团对他们的信任。然而，有的手段可是一招致命，肯定值得做，以下举两个例子。

画笔

公设辩护人遇到了棘手的案件，这是一起一群年轻人殴打一个老人的案件，他的未成年委托人也参与其中。所有的被告人都被当做成年人审判。

辩方意见是被告精神失常，而且智力低下。所以该辩护律师给了被告人一本彩色书和一盒彩笔。在整个庭审过程中，被告人坐在一旁，在书上画着。他避免让画画的声音听起来不自然，因为他意识到，只有准确地反映被告人的精神状态，画笔才能发挥作用。

领结

这是一起征收案，这种案件在郊区很常见，铁路部门需要土地以管理通往另一个城市的路线，并且也获得了获取土地的巨大权力。土地被征收的农民感到铁路部门赔偿的金额不足以支持他们的生存，而铁路部门却认为所有的农民都是土匪，所要的钱是应得的10 倍。

在这种情况下，如果陪审团的成员不是农民的话，代理这起案件将很困难，铁路律师通常会说服城市陪审团，他们并没征收很多土地。一个原告的律师站起来反驳道：“铁路部门跟你们说他们没有做任何伤害农民利益的事，他们只是拿走了中间的一小块地，甚至还修了十字路好让农民过路。因此，他们主张说确实没有造成任何损害。以下就是他们的行为……”

接着，原告律师从公文包里拿出剪刀，将领结从衣服上扯下来，剪成两段。

第 67 章 法律陷阱

几年前，鲍勃·汉利还不在芝加哥——他的故居。他在曼彻斯特赛伦市的州立法院执业，当时他代理一起产品责任案的被告。他很明智，意识到了应该聘请一个当地律师和他一起，一方面可以向法院引荐自己，另一方面又可以与他商议，助他度过当地司法实践中的一些难关。

原告快结束举证时，鲍勃站了起来，提了一个他自以为是的审前动议（pro forma motion）："法官大人，辩方要求驳回原告方的主张。"

汉利坐下时，当地律师跟他说了一句话："天啊，汉利，你是哪根筋不对吧。"可以想象汉利当时的惊诧。

"什么意思?""你搞的好像这个动议很不重要。"

"就是啊，我只是要求驳回原告的主张。"汉利回答道。

当地律师问道："你难道不知道这个动议的效果吗？就在刚才，你放弃了作一切辩论的权利。提出该动议的效果是，要么法官不作有利于你的裁决，要么你没有证据辩护。唯一可以上诉的争点就是否决你的动议是否适当。"

幸运的是，淘气的诉讼之神向汉利微笑了，法官许可了他的动议——但是教训仍值得铭记：陷阱处处都有，而避免掉入陷阱的方法就是：了解陷阱是什么。

一开始的问题是学术上的最爱——适当的定义。我们所说的"法律陷阱"是什么意思？模糊的技术问题？一个对于公正而言确有必要的规则？美国普通法一般规定之外的那些程序步骤？所有这些定义的问题就在于，对于某些律师来说模棱两可的知识，却为其他律师所熟知；在某些情形下很不公平的行为，换个场合，又非常公正。若是你知道这些法律陷阱的话，那些差点让汉利陷入麻烦的规则其实不算什么。

所以我们不必当心一个法律陷阱、一个圈套或是一个陷阱的精确定义。为了讨论的便利，我们认为任何可能产生意想不到的结果的证据规则和程序规则都符合法律陷阱的定义——而且有很多。有些法律陷阱是这个城市的出庭律师们所喜欢的，它们有一个共同特点：稍一不慎，你就会掉入这些法律陷阱。

首先是《联邦民事诉讼规则》第 50 条（RED. R. CIV. P. 50)。它遵从了直接裁决（directed verdict)（法官直接作出有利于一方当事人的裁决——译者注）的一般规则：如果直接裁决的动议被否决，申请直接裁决并不代表放弃提出证据的权利。

实际上，如果你之后要提出不依陪审团裁决而由法官径自判决的动议（a motion for judgment notwithstanding the verdict 或 a motion for judgment)，你必须在这之前申请直接裁决。换句话说，如果陪审团的裁决不利于你，只有先申请直接裁决，然后提出不依陪审团裁决而由法官径自判决的动议才是适当的，仅仅申请直接裁决是不行的，而且该动议必须在结束证据调查之时（at the close of all the evidence）提出。规则第 50（b）条，你



理解了吗？不在适当的时候申请直接裁决，就不能在之后提出不依陪审团裁决而由法官径自判决的动议。这是个简单的弃权原则（doctrine of waiver），是吗？

不要这么快下结论，你会说，这两个动议之间什么关联呢？为什么不提其中一个就等于放弃另一个呢？

既有概念上的原因，也有历史上的原因。如果你申请直接裁决，你说："法官，此案如此明了，你不应该让陪审团审理。"而如果你提出不依陪审团裁决而由法官径自判决的动议，你说："法官，此案如此明了，你本不应该让陪审团审理的。"因为这两个动议背后的理念是紧密相连的，所以法律得出结论：放弃前者就等于放弃后者。

但是，等一会儿。实践中的情况怎样呢？所有人都知道，法官们不喜欢直接裁决。他们喜欢静坐以观，看看陪审团怎么做，这样的话，法官们就不会为陪审团所作的决定承当责任。特别是，法官保留裁定直接裁决申请的权力——然后在他们考虑不依陪审团裁决而由法官径自判决的动议时，才第一次认真考虑直接裁决的问题。

结果是，在大多数情况下，动议直接裁决并没有实质意义。话是这么说，但可别指望有人真的那么做。但是一旦到了不依陪审团裁决而由法官径自判决的时候，直接裁决的动议就呈现出一种魔幻的气氛。就像是蝾螈的眼睛和蝙蝠的翅膀，为了使魔力在适当的时机发挥作用，必须加进这些话。

除了过激的弃权原则之外，这一规则还有没有一些实用的正当性理由呢？

只能说可能有吧。如果申请直接裁决并陈述其理由，可能会使对方意识到他的论证漏了一部分——如果法官允许对方再次论证并提供证据——就产生了这样一种可能性，即对方因为你未提直接裁决的动议而对你产生"有害信赖"（detrimental reliance）。

但是，上述原因理论性太强，它假定直接裁决动议一旦提出就会受到认真对待，但实际上这种情况几乎不存在。相反，只有在另一个动议提出之后直接裁决动议才会受到重视。所以，你可以这样想：这是一个法律陷阱，若是你想保留提出不依陪审团裁决而由法官径自判决的动议的权利，不要忘了在证据调查结束之际申请直接裁决。

在每个州，诉讼时效（statutes of limitations）可能变得相当复杂。因此谨慎的律师在做几乎任何一件事情之前都要检查一下这些诉讼时效令，并使之成为惯例。诉讼时效本身已经足够有技巧性了，可是当它与许多州规定的告知要求相结合时，问题变得更加棘手。有些情况下，告知要求就像是额外的诉讼时效。例如，你可能花了一年时间提出一个诉讼，却遭来漠视以对。但是该诉讼针对的是市政当局或者公用事业单位，如果一个法令要求在伤害发生之日起 90 日内书面告知可能的被告人，可能在你起诉到法院时该期限已经过了——更有甚者，刚好是起诉后的第二天。

教训？将任何包含特殊告知要求的诉讼时效做成图表。如果所有人都认为某些事情是规则，那么它可能就是法律，即使它实际上不是。但是如果一项规则只有部分律师相信它，情况又怎么样呢？

道德拉斯·康纳报道说，在马里兰岛，当地有一个奇怪的规则，年老的律师们对它小心翼翼，处处设防，少数法官则遵守该规则。该"规则"规定，如果在交叉询问原告证人时提出了任何文件，就无权在原告结束陈述时获得法官的直接裁决。其背后的理论是，提出供事实裁决者考虑的证据就等于放弃直接裁决。

该"规则"的结果颇为有趣。遵守该规则的律师们直接使用自己的文件交叉询问原告证人，直到己方举证时，他们才将这些文件以证据形式正式提交给法庭。你能从辩论的第一句话窥见该"规则"的信仰者："法官大人，我提交的被告人物证是从 120 个用以确认的证据里选出的一个。"

可能证据法的陷阱比程序法更多，有时这种陷阱是法律的“简单化”造成的。以学术文献为例。《联邦证据规则》第803（18）条规定学术文献是传闻规则的例外。引入传闻规则不再仅仅是为了弹劾证人，也不再需要对陪审团作冗长的限制性指示。此外，学术文献可以通过其所质询的证人证言，专家证人或者司法审查确立其权威性。为了使文献的内容集中，这些书本或者小册子不是以物证的形式被采纳，而是以证言的形式被提交给法庭。

该规则貌似引入了简单的程序：只要标明正文，给出合理的理由，让证人将书中内容宣读。不用进行正式的证据提交，对吗？

在瑞克曼一案中（*Maggpinto v. Reichman*，481 F. Supp. 547，550（E. D. Pa. 1979）），答案是否定的。尽管文献并不是一种物证，但你必须进行正式的证据提交。如果没有作正式提交，文献就不能作为主证据。那意味着什么？该文献就不能用来证明事实。

《联邦证据规则》也对先前不一致陈述的规则作了简化。曾经有一段时间，先前不一致陈述只有在弹劾证人时才具有可采性，而不能被用来证明陈述的真实性（律师和外行人一样，很难分清这两者的区别）。曾经有一段时间，在卡洛琳女王一案中（*Queen Caroline's Case*，2 Br. &B. 284，129 Eng. Rep. 976（1820））确立的一个规则，适用于几乎所有的州，即：在采纳任何作为外来证据的先前陈述之前，必须质询先前陈述。《联邦证据规则》改变了以上两个规则。

以下就是“简单化”的结果：如今有两种类型的先前不一致陈述，第一种类型出现于传闻规则的定义中。如果符合以下条件，先前不一致陈述可以因其真实性而可采：

1. 陈述人在审判或听证中作证。
2. 陈述人就其陈述接受交叉询问。
3. 陈述“与其证言不一致”。
4. 陈述时“必须在审判、听证或其他程序中，或者附誓陈述程序中进行宣誓，若说谎将受伪证罪的惩罚”。（《联邦证据规则》（第801（d）（1）（A）条）

实际上，还有一些先前不一致陈述作为传闻规则的例外而可采。法律陷阱何在？

陷阱一：你在传闻规则的例外列举中，在证人规则和弹劾规则中都找不到有关先前不一致性的规定。在哪里呢？就在不是它们的条款里，即规定在定义不是什么传闻的规则条文里面。

陷阱二：如果你通读了联邦证据规则，你可能会认为只有符合规则第801（d）（1）（A）条的先前不一致陈述才可采。为什么你会这样认为呢？因为，联邦证据规则中，没有其他任何一处因任何目的规定先前不一致陈述的定义。但是如果你因此认为没有其他可采的先前不一致陈述，那你就错了。规则第801条界定了先前不一致陈述因其真实性而可采。其他的先前不一致陈述也是可采的，只是没有在规则中提及。联邦证据规则没有明白说明，但是确实存在两种类型的先前不一致陈述——有些因真实性而可采，另外一些则适用于弹劾证人。

陷阱三：根据规则第613条，你要在交叉询问证人前用先前一致陈述与他对质。这是一种简单化，记得吗？但是太多的律师忘记的是，该条并没有取消对质——只是将它往后顺延了。没必要仅为了就先前一致陈述提问而就其对质证人。另外，先前不一致陈述的外在证据（证人质询之外的证据）——比如，陈述本身，或者其他证人的证言——不可采，除非“给该证人解释或否认该陈述的机会”。

这算不算是法律陷阱呢？这就要看你怎么想了。一方面，《联邦证据规则》并没有很有效地简化这一领域的规则，与其说它是一条直线，还不如说是个迷宫。另一方面，一旦你意识到存在两种先前不一致陈述，而对质仍属必要时，该规则也不是很难。记住对质条

款，否则规则第 613 条仍是一个实实在在的法律陷阱。

一些最危险的法律陷阱源于因出庭准备充分而有错（being guilty of full trial preparation）。

现在假定一个简单的情形。你手头上有一个案件，与一份有纰漏的文件有关。你的关键证人之一是乔安娜·斯夸尔斯，据说这份文件是已死去的一个人写的，乔安娜认识这个人的笔迹。虽然斯夸尔斯不是专家，但是你认为她的证言很有吸引力——因为她的中立性。事实上，你预备打电话给她，让她在你的笔迹鉴定专家作证之前作证。

现在你已为出庭审判做了最充分的准备。自然，你要花时间为斯夸尔斯小姐作证做准备，检查她鉴定某些已知的和有问题的笔迹的能力。

但是，这种审前准备并不是一个好方案。

如果你看了《联邦证据规则》第 901（b）条，你就知道原因了："仅在基于非诉讼目的熟悉文件笔迹的情况下，关于书写笔迹真实性的非专家证人意见才是可采的。"实际上，你对这个证人的审前准备必须得谨慎。否则的话，直到知道证据不可采时，你才会停止你做的一切，那时为时已晚。

该计划可能变得更危险。在审前调查和审判的准备程序中，用非特权文件唤回证人的记忆，该特权可能会丧失（See *Prucha v. M&N Modern Hydraulic Press Co.*，76F. R. D. 207（W. D. Wisc. 1997））。

如果秘密训练证人存在法律陷阱风险的话，至少提取附誓证言比较安全，是吗？

正如圣路易斯州华盛顿大学法学院（Washington University Law School）的爱德华·J·伊姆温克里德教授（Professor Edward J. Imwinkelried）指出的，提取庭外证言未必安全。在有些州，仅仅提取根据《死者条例》（Dead Man's Statute）可能不适格的证人的附誓陈述相当于承认该证人适格。其背后的理论是，附誓证言是"出庭证言"是你自己提出的，并没有反对意见。这犯了一种错误，它可能会改变整个案件的局势——采纳本来不适格的证据，改变诉讼结果。正如伊姆温克里所言，这种错误甚至可以演变成执业不当（malpractice）。

阿肯色州有自己的变通规则来保留错误。倘若公诉人犯了严重的错误，诸如就被告人未能作证进行评论。你提出反对，要求法官宣布审判无效。法官未许可你的要求，相反，只是告诉你法官将不予考虑公诉人的评论意见。根据小石城的威廉·R·威尔逊的说法，你必须重新申请裁决审判无效，否则就是放弃该申请。（See *Howe v. Freeland*，237Ark. 705. 375 S. W. 2d. 666（1964）.）

米歇尔·格雷厄姆（Micheal H. Granhan）是伊利诺伊大学法学院（University of Illinois College of Law）的教授，他指出，有不同的技巧来保留伊利诺伊州刑事案件中的错误。除了明确地记录反对意见以外，还必须提出审后动议（Posttrial motion）以引起对错误的特别注意。（See *People v. Edwards*，74I11，2d 1，383N. E. 2d 944（1978）.）

可能最麻烦的法律陷阱来自于一个被称作"开门"（opening the door）的原则。"开门原则"背后的理念是一种自然的公正意识。一开始该原则甚至不涉及反击，只是填补细节事实。《联邦证据规则》第 106 条作为"完整性规则"（the rule of completeness），允许对方证明另一方选择的证明事实范围之外的事实，并且要求该对方提交应被公正地考虑余下的文件或陈述（或者任何其他的文件与陈述）作为证据。

换句话说，被提出的部分可能为余下的部分敞开了大门。

开门原则听起来符合基本的公正，怎么会有法律陷阱呢？

以已逝的欧文·杨格（Irving Younger）所举的例子为例，在一个案件中，原告以证

人身份作证，他向保险事故调查员作出了陈述，其中还承认了他闯红灯的事实。因此，在交叉询问过程中，你用该陈述与证人对质（其实你不必与他对质，因为他是原告，但是这是你利用该陈述的最有效的方法）。

你已经打开了主询问原告的大门。证人说："保险索赔公司告诉我，如果我签了这份文件，一个星期之内将收到协商赔款的支票。"

如果你还无法称那种情形为法律陷阱的话，那西储大学（Western Reserve University）保罗·吉安内利教授（Professor Paul Giannelli）的案子呢？（在开始看之前，你需要了解一个证据规则：当根据《联邦证据规则》第 806 条（作为特殊种类的开门原则）许可一项传闻证据时——就是许可对方攻击陈述人的可信性。现在你可以看案子了。）

你是一起刑事案件被告人的辩护人，我们将被告人称为马克·胡今斯。胡今斯被指犯夜盗罪，他有不在场证人。他声称行为发生时他在女朋友的家中。不走运的是，胡今斯受过盗窃方面的专业培训，在过去三年里有两次夜盗罪记录。

还存在其他一些问题。胡今斯被捕后不久，他就认罪了。还好，好运眷顾你，你说服了初审法官，让他们相信警察给胡今斯发出的警告有瑕疵，所有有罪供述不可采。

然而，有罪供述还是阻止被告人以证人身份作证的另一原因。根据哈瑞斯案（*Harris v. New York*，401 U. S 222（1971）），一个因为不合法米兰达警告而不可采的有罪供述仍可以被采纳为弹劾证据。如果被告人作证说了一些与"不可采"陈述不一致的事实，那么可以用该"不可采"供述弹劾以证人身份作证的被告人。法官对陪审团作出的不考虑其真实性的限制性指示可能会不灵光了……

根据以上分析不难推断，胡今斯不会以证人身份作证，尤其是因为他的女朋友艾米丽·理查兹将作为他的不在场证人。

你传来理查兹作证，当控方指控被告人犯了夜盗罪时，理查兹告诉了陪审团那晚和他在一起的事实。在作证的最后，她加了一句——"此外，我相信胡今斯是无辜的，因为他告诉我他没有干这件事。"

检察官没有反对，也没有交叉询问艾米丽·理查兹。实际上，他心中自有打算。他要提一些反驳证据，等到原告松懈下来的时候，他提出了问题，并走向法官席："法官大人，这次控方要提交一份被告人的先前定罪记录和 9 月 23 日被告人向警察作的有罪供述。"

"但是，法官大人，"你回应道，"这是不对的。被告人并没有提供证言，他根本就没有以证人身份作证。"

"他不必以证人身份作证，"检察官回答到，"辩方通过理查兹小姐提供了被告人的传闻否定证据。法官大人，根据联邦证据规则第 806 条，'如果陈述人已经作为证人提供证言，有权攻击陈述人可信性的人，可以使用任何可达到该目的的证据。'"

就是一个法律陷阱。

有什么办法摆脱吗？可能有吧。传闻陈述不是必须的——而是自愿的。尽管被告人在法律上对陈述负有责任并可以反对该陈述，但是对他的打击是相当严重的。所以你手指交叉回答到："法官大人，根据规则第 806 条，提出该证据可能是对的，但是根据规则第 403 条，它还是应该被排除，因为偏见的影响超过了其证明价值。"

以上主张能赢吗？不错的问题。

可能最怪诞的开门原则出自马里兰岛。如果你要求对方在审判中展示一份文件让你检查——不管为了什么原因——对方就自动地享有了将该文件提交为证据的权利。实际上这是马里兰人有点为之自豪的奇怪规则之一，他们将该规则追溯至美国信托担保有限公司案（*United States Fidelity & Guaranty v. Continental Banking Co.*，172MD. 24. 32，

190A. 768 (1937))。

但是以上规则完全不同于开门规则。开门规则令人震惊，一部分是因为其结果，还有一部分是因为它揭穿了大美国佬的神秘感。我们已经习惯于律师和法官重复着这一陈词滥调："开庭陈述不是证据"，以至于我们开始相信这句话。但是这句话并不正确。一个开庭陈述对于陈述者来说不是证据，但是当被用来反对陈述者时，它就是证据。

为什么？因为律师被授权代表当事人说话。开庭陈述中所引述的内容可以被运用为自认，以免除对方证明该内容的必要。(See *McLhinney v. Landsell Corp.*, 254A. 2d 177 (1969).) 若是一目了然，你的开庭陈述中的观点不成立，即使假定你能为所有观点提出根据，有些州会以这种开庭陈述为依据，作出对你不利的直接裁决。(J. Jeans, *Trial Advocacy* §8. 17 (1975).)

教训是什么？提出主张与作出答辩时，小心为是。

我希望你已经注意到，所有这些法律陷阱不是由于对方的参与而起作用的。它们并不是对方设置的，而是法律中已有的陷阱，正在等着你呢。只有一个值得信任的律师才能使得这些陷阱自动关闭。

第 68 章 陷于一个陷阱

亲爱的安格斯：

救救我吧！我陷入了一个最老式的程序陷阱之中，但我不知道有什么办法能脱身。

我代理一起房地产开发案的被告，案件很复杂，最后到了联邦法院。我们有我认为的——至少是曾经认为的——很有利的基础，法律对我们有利。直到我被初审法官冷面相向时，我才知道我错了。

我不想走正式的审判程序，所以当我可以反对原告的陈述时，我提出了简易判决动议，我认为原告方无法证明他们的主张了。

但是法官立刻驳回了我的动议。

所以我们还是走上了审判台。

在原告举证的最后我向法庭提出了直接裁决的动议，法官很和蔼地跟我解释说，根据《联邦民事诉讼规则》第 50 条的规定（Rule 50 under the Federal Rules of Civil Law），直接裁决的动议（motion for a directed verdict）已经被改为“作为法律问题的判决的动议”（Motion for Judgment as a Matter of Law）。

但不论称呼如何，法官驳回我的动议时我一点也不惊讶——因为我申请的原因和申请撤销案件的原因相同：原告不能证明其主张，因此，指控不成立。

第二次被法官拒绝后，我们向陪审团出示了我方的证据，老实来讲，我觉得我们已经在原告的举证中找到了好几个大的漏洞。

可是当法官指示陪审团时，他第三次拒绝了我的申请，并向陪审团作了指示（charge）。对于原告提出的一切要求，该法官都向陪审团作了指示，而对于我的申请，除了一些关于专家证人的老生常谈外，没有一项被用来指示陪审团。

陪审团裁决赔偿原告 340 万美元。我当时有点慌，但我并没有泄气。我让我的委托人不要担心。我们还有很多机会。我们可提出不依陪审团裁决而由法官径自判决的动议，如果这也被驳回，我们可以申请重新审判。如果两种途径都不奏效的话，我们可以上诉。

我开始着手提不依陪审团裁决而由法官径自判决的动议，在向法庭提起之前，我想到根据《联邦民事诉讼规则》第 50 条，该申请应该被称为“作为法律问题的判决的再次动议”（Renewed Motion for Judgment as a matter of Law）。

听审时，法官跟我说，我提出的作为法律问题的判决的动议不适当，因此我不能重提一次。

我跟法庭说我已经在原告举证的末尾提出动议了，因此法官的说法不成立。

“但是你没有在证据调查的末尾重提动议呀。”法官说道。

“不必再提一次，”我说道，“规则第 50（a）（2）条有规定：在将案件提交给陪审团之前的任何时候，可以提出作为法律问题的判决的动议。”

法官说："不错，你可以在任何时候提出动议，但是该规则并没有说在庭审之后你可以再次提出'任何一个动议'。如果你细心看看该规则的话，你会发现你可以在庭审结尾重提的唯一一个作为法律问题的判决的动议就是你证据调查结尾时提的那个。"

"但是，法官大人，"我又说道，"你仔细看规则第50（b）条，它只是规定了你可以在证据调查结尾重新提起作为法律问题的判决的动议。并没有规定不能在其他场合重提呀。如果该规则的起草者有意将听证动议的权力从法院手里拿走，他应该规定的更清楚点呀。"

法官以笑面对我对她的权力的推论，但是我的理由还不足以改变她的决定。

接下来我提出了重新审判的动议，又被法官拒绝了，因为那时已经是审判开始后十多天了。

对我来说，这些都太荒谬了。从案件一开始，法官和原告都密切注意着我所提动议的理由，为什么他们就不能再听一次呢？

另外，该规则有什么好的？如果在证据调查结尾提动议有那么重要的话，为什么规则第50条不规定的更明确呢？

现在我正着手提起上诉，我的合伙人跟我说，可能我还要被拒绝一次，因为我未能在适当的时候通过魔法语言做记录。

还有希望吗？

极度沮丧的迪克西

亲爱的沮丧者：

规则第50条规定，如果未能在证据调查结尾申请直接裁决，就不能提出不经陪审团裁决而由法官直接判决的动议（motion for judgement notwithstanding the verdict），其正当性与联邦规则起草者制定的规则第50条一样，是不明了的。

让那些不谨慎的人陷入陷阱，该规定除了是规则起草者的目的以外，我只能找到一个理由：当一个直接裁决的作出是因为对方未能证明某些小的技术性问题时，法官通常会重新开始案件，以允许另一方律师补正错误（fix the flow）。

在这种情形下，如果你等到裁决作出后再提出动议已经晚了——因为这时重新开始案件并填补空白已经来不及了。

当然，这与你的案件无关，正如你所说，所有人自始至终都知道你的动议的基础是什么，你沉默不代表你不知道怎么做，这是所有人都知道的。

规则第50条投射的范围比它意欲防止的危害要广，而规则第50条也不是第一个这样的规则。特别是那些旨在让初审法官和上诉法院完全避免一个案件的规则，它们倾向于作对律师不利的理解，而这些律师却拐不过弯来，还指望法院对他们从宽。

所以，从实践的目的来看，该规则没有可行性。如果你想在审前得到不依陪审团裁决而径由法官判决（也就是根据《联邦民事诉讼规则》第50条重新申请作为法律问题的判决），你必须首先在证据调查结尾申请直接裁决（作为法律问题的判决的动议）。这是你做记录的一个重要部分。

还有希望吗？

可能吧。

首先，你没有告诉我，法官向陪审团作指示（charger）时，你是否提出反对意见了。在某些情形下——也许这就是情形之一——反对法官的指示能产生与在证据调查结尾申请直接裁决相同的效果。当法官不将你的申请指示陪审团时，你的反对意见可以保留不利裁决的事实和法律问题。

其次，你真的应该看看书，因为还有其他可能性。例如，有些巡回区规定，如果对方在法院裁决后申请法官判决，而这并不妨碍你在证据调查结尾申请直接裁决，那么初审法官可不管规则第50条而许可你的动议。也许你会遇上这样的好运气。

说了这么多，总结成最重要的一点就是：事前防范胜于事后补救，下次一定要在证据调查结尾申请直接裁决。

安格斯

亲爱的安格斯：

我投降了。我总是陷入叙述性的陷阱中——两个对我而言相近的证据规则，它们存在于几乎每个庭审中——我不知道如何才能摆脱它的纠缠。

我来说说这种陷阱是如何起作用的。比如说你要在主询问中询问一个证人，就如何作证以及如何回答你的问题，你需要给他一些指导。但是一旦你给该证人一点小小的辅助，对方就提出反对，法官就让你不要教证人说话。

所以你收敛了一点，对证人说："只要用你自己的话告诉我们所发生的一切就可以了。"接下来，你知道的，对方提出了反对意见，说你的问题是在要求证人叙述一个故事，法官支持对方的反对。

几轮这样的来回折腾下来，这些反对意见真的会毁了你的主询问。

我应该怎么办呢?

陷于塔尔萨的人

亲爱的陷入者：

除非你学会了主询问中使用段落法的语言习惯，否则这种叙述陷阱能令人望而却步。

首先，摒弃传统的"主导性问题"，公诉人似乎会这样问："请将注意力集中到4月3号晚上，我的问题是，如果发生了的话，那天晚上到底发生了什么不寻常的事情。"

这种问题有什么毛病? 太生硬，不自然，完全依法律行事，未表现出对答案的关注。你可能同时斩断了与陪审团沟通的机会，而与陪审团沟通对你有利。

相反，将你在主询问中涵盖的每个主题都想成是一个段落。要附有标题——你交给证人的一个简单的关于该段落的标题。"问：沃森先生，我们将从4月3号晚上发生了的事情说起。"对于该段落的其余部分，每一个问题都以一个关键字开始——教新闻记者用的方法："谁，哪里，什么，何时，怎样，以及为何?"

当你结束一部分时，就宣布下一部分："现在让我们看看第二天早上发生了什么事情。"或者"谢谢你，沃森先生，现在让我们转换一下，谈一些完全不同的事情，你接受过赤手格斗方面的训练吗?"

你会说："但是，等一下，这样问不合适吧。你的主题句不是问句呀?"

你错了，它们是问句。每一个主题句都是谁，哪里，什么，何时，怎样，以及为何的一部分，接下来就是问句。

段落法的妙处就在于不用诱导性问题就能引导证人。由于段落法在主询问中产生了一种可听的组织体系，每个人都能轻易听懂，所以它向法官和陪审团指明了你接下来的主题是什么，提问之前知道主题是很好的。

此外，段落法能增加法官和陪审团对你的信任感，因为它表明你知道将要说什么，说到哪里，而不是像其他律师一样从一个主题跳到另一个主题，没有任何顺序和方法可言。

安格斯

第 69 章 对付阴谋诡计

上帝要毁灭一个人，首先就让他疯狂。 ——欧力彼得斯
Whom the Gods wish to destroy they first make made. ——Euripides.
愤怒是愚蠢的简称。 ——霍勒斯
Anger is a short for madeness. ——Horace.

人们对什么是公平，什么是不公平之间的界限未达成共识。问一个证人在审前有没有跟任何人讨论过证言，或者问一个专家证人他得到多少酬劳，对于有些参加诉讼的人来说，这些行为是有问题的。其他一些律师似乎围绕着这些问题行动（当然，并不是很明显），而小心的诉讼者则惯常于使用这种方式为证人做准备。

看看这些有准备的反击是怎么衍生出来的，很有意思。

问：在你来这作证之前，你有没有跟任何人提起过你的证言。
答：当然提起过。我和布鲁克斯律师谈起过。
问：哦，是吗？她让你说什么？
答：她让我说实话。
问：她是不是怕你不说实话？
答：不是的，她说过你可能会竭力诱使我不说实话。

但是这是一种玩笑，不是通常所说的阴谋诡计。真正的阴谋诡计包罗万象，从彻头彻尾的个人攻击到实际上的证据破坏，都可以算。

有时就是一丁点的个人攻击也是很难对付的。比如说，你的对手故意在桌上树立两三个案件目录册以挡住你的视线，你只有站起来，才能看清陪审员有谁。这还是小事情，但是你如何处理它呢？

如果你的对手做了一些事情来激怒你，可能只有你才会注意到这个事情。陪审团在专注于证据，法官则关心证言以及为指示陪审团做准备。如果你突然对这些恼人的事情作回应，恐怕所有人都会感到意外，不知道为什么你这样做，但是对方知道原因。

也就是说，如果你突然发怒，除非法官和陪审团知道你恼怒的原因，否则他们会认为你是一个脾气暴躁、易怒的人。

当然，这不意味着法庭之中没有以下情感的容身之地：坚定的信念、合理的愤慨甚至是对明显不合理行为的义愤。但是这些不会成为控制你的情感的因素，只有你想感知它们的时候，它们才会被感知。

以上说明了两个要点：除非是有意，否则别轻易发脾气；除非陪审团知道你的愤怒是有理由的——而且你别无选择，否则永远不要表现恼怒的一面。

通常情况下，总是有更好的选择。在多功能公文包例子中，以下做法更可取：站起来

面带和蔼微笑地说："约翰，我知道你不是有意的，但我不知道这三个公文包有什么问题，我应该是这个案子的律师之一。我想知道（你将两个包从桌子上拿下来）我们能不能拿开几个。"

假定在陪审团遴选程序中，一个公诉人使用了一点点"表扬"将毒药放进了井里：

你们很多人已经听说过被告人的律师，罗伯特·福勒先生。罗伯特·福勒先生因为代理过许多著名的刑事案件而闻名遐迩。

现在你了解了我们的制度，即你可以聘请任何你喜欢的律师作为代理人。但是你们都知道以下事实吗：因为被告了聘请了福勒这样的知名刑事律师而对被告人抱有成见，这是不合适的？

我们现在称为罗伯特·福勒的律师意识到，应该不动声色地显露策略，不要表现出气愤。陪审团预先审查程序中轮到他提问了，时机来了，他两眼放着光，说道：

你们知道的，你们应该给予公诉人和被告人同样公平的审判。我的理解就是，你们之中的任何一个人，不能因为公诉人曾试图谈论被告人的律师来影响你们的决定，就对他抱有偏见。

目前为止，我们已经处理了直接反对律师的策略。接下来的计谋旨在分散事实发现者——几乎总是陪审团——对证据的注意力，以削弱被告人举证的有效性。

正如梅尔文·贝利在案件中处理物证的方法，在这起案件中，原告失去了一条腿。审判一开始，贝利得到了有利的裁决，为原告获得了一大笔赔偿金，而法院以赔偿金过多为依据授权重新审判。以下是贝利描述第二次出庭辩护的方法：

我们又一次走上法庭。然而，这一次我很高兴，我有第二次机会了。我带到法庭的不只是雄辩的辩论，我还带来了物证。和公文包、法律书籍一起带来的，还有一个L形包裹——外面包着廉价的黄皮纸，系了一根白色的软线。法官和对方律师约翰·莫兰都盯着这个包裹，想知道是不是在哪里见过那种黄皮纸。实际上，这是包肉纸。

莫兰和法官知道我在法庭上可以干出任何事情。经历了莱恩特案之后，我明白了好的物证的价值。将骷髅的一部分或者泡在酒精里的人脑拿上法庭，这些事我都能干得出来。他们继续用一种异乎寻常的惊奇的眼神看着包裹。我没有打开，但是我不时的将其在辩护席上挪来挪去。庭审的第二天，我又把包裹带来，但之后就没再管它。第三天，我深知该包裹正在吸引更多的注意力。我看见陪审员们打量着我的委托人，他穿了一件庄重的格子衣服，那只好腿上套着长袜，然后陪审员将注意力转移到L形包裹上，开始相互之间窃窃私语起来。

约翰·莫兰作了辩论，正是我预料中的那种。因为安了一种新的最好的假肢，我的委托人可以和以前一样行动：开车、与孩子玩耍、游泳、与丈夫一个海军指挥官——跳舞，做爱，和正常人一样。接着，我将话题转移到包裹上。

我抓紧时间，解开了绳子上的结，本来我可以用法警递过来的剪刀剪断绳子的，但是我力气大一下就扯开了。然而，解每一个结的时候，我都小心翼翼剥下包肉纸，揉成一团丢在地上。下面还有一层一样的纸，我花了半分钟剥开它。当我终于用完以上我认为值得花费的时间后，我转身面向陪审团，就在一瞬间，几乎是猛地一下，我高高举起了手里的东西。

辩方律师开始激烈地提出反对，之后就沉默了。我举着的是凯瑟琳的假肢，上面满是带子、闪亮的金属接头，吸盘，还有新的塑料轴。

M. 贝利（和R. 凯撒），《梅尔文·贝利：我的出庭辩护生涯》（*Melvin Belli: My Life On Trial* 107—8（1976））。

辩方走向法官席，提出一个简单的反对意见，这样不能扭转整个形势吗？这使得你会想是不是辩方律师故意放任这一切发生，以期待纸里面包着的就是原告那只用甲醇保存的假腿，接着，如果假肢没有被包着直接展示给陪审团，结果当然是原告的指控被推翻。

更麻烦的是对方的笨拙。使椅子发出声音有意为之还是只是意外之举？如果是以下这种情况呢：律师和当事人之间或者律师助理与当事人之间相互递纸条或是窃窃私语？

有意也好，无意也罢，以上情形一旦发生，必须及时有效地打断它们。如果不打断的话，陪审员很难理解并记住证据。

你要理解你必须做的事情，什么事情呢？要知道，生气正是你的对手希望看到的反应，另辟蹊径来应对吧，比如，你可以说："法官大人，我想知道我们能不能给华莱士先生一些时间，在我们继续询问之前，让他把纸收起来。"

事实上，巴尔的摩最令人开心的故事之一就是关于遭遇"选择性听审"（selective hearing）的律师，这种"选择性听审"是个普遍发生的杂乱程序，它要求重复有利的证人证言。一个对手，一个辩护律师，几天来一直处于这种透明的制度设计中，但并不抱怨。终于，轮到她主询问了，她让最具吸引力的证人作证。在某一观点上，该证人的证言对于原告具有致命性的打击。

接下来，辩护律师知道他的机会到了。她对其委托人说道："既然你在这里已经三天了，你知道琼森先生听力不好，所以你能重复一下你上个问题的答案吗？"

有时让法官处理有些事更好。纽约的一个律师就做了很好的示范，我们将其称为"不好意思马奎尔"。他反对并不是因为他头脑中真的有一个反对意见，而是因为他觉得他的委托人被对方交叉询问，使得对方得到了太多的信息。反对意见总是千篇一律的以下述方式提出：

> 不好意思，法官大人，我反对。不好意思，法官大人，我反对的理由源于纽约州法律、美国宪法和法律以及普通法。不好意思，法官大人，反对的基点是禁止使用传闻证据的规则……

你已经注意到以上前奏的效果了吧。当律师陈述这些前奏的时候，那个紧张的证人的脉搏，从一分钟 150 次下降到只有 72 次，血压也降到了 120/70，而他的呼吸频率恢复到每分钟 16 次。

怎么对付这样的律师呢？好的法官会叫律师前来法官席，亲自处理。然而不幸运的是，像这样的法官已经为数不多了。法官们似乎更倾向于发布完全的禁止令，禁止使用这种"演讲式反对"（speaking objections）。只是为了控制少数滥用反对权利的律师，实在没必要让他们都前来法官席。

巴尔的摩有一个颇具传奇色彩的律师，他的诉讼技巧"不好意思马奎尔"那么明显。

巴尔的摩的律师戴了一副伍尔沃斯老花镜——是一种放大镜，但是它没有矫正近视、远视和散光的功能。相反，这种眼镜只是将物体稍微放大了一点而已。在审判中戴着这种眼镜有三重好处：看起来像定制眼镜；价格便宜，只需几美元；一旦法庭上出了错，眼镜就会掉在地上。

在掉下的一瞬间，律师说话了："请原谅，法官大人。"并开始向斜方向扭着脸，手和膝盖着地，摸着他的眼镜。

根据当地的传说，有一次他作为一起刑事案件的辩护人，被告人自己为自己作证时犯了个错误（这使得他在交叉询问时极度难堪），在交叉询问的中间，眼镜掉到了地上，该律师在摸索时踩在了上面。

这种故事激发人们想象应对方法。我最喜欢的方法是提前了解对方的诡计，为应对这

种“伍尔沃斯老花镜”案件做好准备。(attaché)(坦白来讲，我建议使用预知信息提起审前证据排除动议。)

分散注意力的策略效果甚至更糟。在最近的一个案子中，一个年轻的律师就借贷合同交叉询问一名生意人，旨在表明合同条款是自由协商和双方同意的结果。

在质询过程中，对方从包里拿出一个硕大的放大镜，开始在法庭内招摇，像是在找蝇粪污点、小的字体和技术性细节似的。

直到法官在交叉询问中发笑时，年轻律师才开始意识到对方的伎俩。他应该怎么做呢?

在这种事情发生在你身上之前，你要认真对待并想出最好的解决之道。法庭之中没有天才，只有法庭外孜孜以求的人——孜孜以求的一部分就是未雨绸缪。

至今，我们已经直接考察了律师的伎俩以及旨在分散对法官合法证据的注意力的把戏。接下来要考虑的问题是，律师向法庭提出不适当的证据或是试图不公正地影响法官和陪审员。

一个简单的例子就是一起非正常死亡之诉，管辖法院地规定关于赔偿问题，再婚的证据不可采。堡拉·格里夫斯曾经是已故的哈罗德·格里夫斯的妻子，哈罗德死后，她改嫁G. 斯柏林·麦格巴克斯，但仍然随其前夫姓格里夫斯。辩护律师“忘了”名字的事情，开始了他的交叉询问：

问：好，麦格巴克斯夫人，现在我要问你几个问题。

答：不好意思，我的名字叫堡拉·格里夫斯。

问：哦，不好意思——你不是前不久嫁给了G. 斯柏林·麦格巴克斯先生吗?

显然，任何反对意见都为时已晚了，所以要提前准备，提出证据排除动议，要求法院命令辩护律师不得披露不可采的事实。

从技术上来讲，这个命令并未使再婚的事实更具有不可采性。然而，违反抽象的法律是一回事，而违反主审法官的命令则是另外一回事了。

证据排除动议只能用来控制这样一些律师，他们喜欢把图片和其他物证未被采纳之前，就将这些东西展现在陪审团面前。

但审前并不能预料到每个问题。作为出庭律师，要对这些问题敏感才行。

对付这些阴谋诡计，仅有良好的策略意识还不够。理解法律很重要。亚瑟·特雷恩的小说《扬基佬律师：伊弗雷姆·塔特自传》(*Yankee Lawyer: The Autobiography of Ephraim Tutt* 364—69 (Simons & Schuster, 1943))就能很好地诠释这一点。

伊弗雷姆·塔特为一名被指控私藏武器的被告人辩护，虽然被告人有几个轻罪的定罪记录，伊弗雷姆·塔特还是打算让他否认罪行：

检察官——弗朗西斯·帕特里克·奥布莱恩——与我在以前的案子中交过手，而且现在的情况是，他得知我是辩方律师之后，更加热衷于指控。在证明了穆尼有定罪记录以后，他问道：

“好，你在其他州被定过几次罪?”“从来没有，”穆尼气愤地吼道，“你也证明不了。”

“对，也许我是无法证明你先前的定罪，”奥布莱恩承认了，“但是，”他暗示地继续说道，“我可以问你，你犯了几次夜盗罪——比如说，在新泽西州。”

穆尼脸色惨白，转向法官。

“法官大人，”他抗议道，“这个人有权……”

“回答问题。”巴布科克训斥地说，“这就是恰当的交叉询问。”

“怎么样？”检察官冷笑道。

“我从没有犯过夜盗罪。”

“没犯夜盗罪？那你犯过哪种罪？”

“没犯过任何罪！”穆尼无畏地抗议道。

接着奥布莱恩使出了最卑鄙的计谋，之前我已经见识过了并一直耿耿于怀。他拿出了巡查官伯恩斯的《美国的犯罪老手》(Inspector Byrnes, *Professional Criminals of America*) 一书，举起来好让陪审团看清题目，打开书，他的手指顺着书页往下，似乎正仔细阅读他所指的地方。

“1927年，11月6日，你有没有和雷德·伯奇——他的化名是罗奇、托妮·塞维尔，就现在所知，他还使用过托妮·格里瑟和戴娜梅特·汤姆·米根等名字——一起，撬开了美国新泽西州拉威铁路快运局保险箱，卷走了6 000美金？”

穆尼一跃而起。

“你说谎！”他咆哮道，“我从没见过这几个人，也从没在拉威待过。”

“就依你说的！”奥布莱恩嘲讽地回应道，“但是你不知道吧，罗奇与格里瑟都曾宣誓作证说你当时在场。”

伊弗雷姆·塔特利用一种“法律解围人”(deus ex machina) 方法使他的委托人得以脱身，也正是这种方法使得作者特雷恩扬名万里。塔特迫使检察官以证人身份作证，让检察官对提出的证据武器建立起一个连续完整的防守 (a complete chain of custody for the weapon)。那么，一旦检察官站在了证人席接受询问，塔特就问他，当他质询穆尼时，是否真的看过伯恩斯的《美国的犯罪老手》。检察官最后承认他没有看过这本书，最终，被告人获得了直接裁决。

如果检察官没有犯以上的错误，不被迫使作证呢，情况又会怎样？

在有些州规定，即使先前定罪记录，先前不良行为也可以用来质询被告人，但是根据联邦证据规则第608 (b) 条，必须要有合理的质询理由。此外，也可以让律师作证，证明其他所提的一系列问题是没有合理根据的。(United States v. Pugliese, 153 F. 2d 497 (2d Cir. 1945))

把对方律师送上证人席是一剂猛药——其原因特殊在：一个没原则的对手故意进行不诚实的交叉询问是一件很难的事情。

最近，得克萨斯州审理了一起非正常死亡案，想想其中原告律师面对的策略性判决 (tactical judgment)。原告是一个30来岁的漂亮女人。我们将称她为考尔菲尔德夫人。庭审过程中，她在原告律师席上陈述事实时，一个年轻帅气的男人来到了她身边，倾过身子，在她耳边嘀咕了一番。

很清楚了——考尔菲尔德夫人有一个男朋友，正等着知道该案的进程。

考尔菲尔德夫人的律师注意到了这一点，就问她这个男人是谁。她不知道，她没有男朋友，而且自从她丈夫去世以后，她都没有与其他男人约会过。

现在的问题是如何处置眼下的情形。让被告律师作证？再让考尔菲尔德夫人回证人席作证？如果那样的话，会不会看起来她提的反对太多了？

最终的选择简单之中见睿智。让这个年轻的帅气男人作证：

问：你为谁工作？

答：被告。

问：你了解引发该案的那起撞车事故吗？

答：不了解。

问：之前你倾着身子对考尔菲尔德夫人讲话，是不是？

答：是的。

问：你知道考尔菲尔德夫人吗？

答：不知道。

问：今天你有没有见过考尔菲尔德夫人或者与她说过话呢？

答：没有。

问：那是她指使你这么做的吗？

答：是的。

问：我没有问题了。

接着没有进行交叉询问。有人可能希望这种策略越少越好。不幸的是，有一个东海岸市的律师甚至公开建议在总结陈词时使用“考尔菲尔德技巧”，他的理由是，等到对方律师识破时已成定局了。

这也可以解释为什么喜欢在法庭内独自为战的谨慎律师努力找到一个朋友、助理、律师助理或者秘书作为观众，意图很显然，即观察庭审以防律师漏了某些东西。

并不是每一件事都是为陪审团准备的。再回头看看西南部，一个年轻有为的出庭律师向法官展示了许多辅助物品，该法官并不总是能觉察到道德规则。年轻女士吃完午饭早早地回来了，找到一间空的审判室。他感觉到好像哪里不对劲，于是就走进了法官办公室。法官办公室的门是开着的，他往里面瞧去，看见法官和对方律师正在钻研一大堆法律书籍。

这只是一种单方面接触的缩影。问题是面对这种情况，该如何是好呢？找来证人作证，提出指控并写进记录，通知律师协会投诉委员会，还是怎么办呢？

首先，年轻律师让法官和对方律师知道他已经看见了，但是依然友好：“你们好啊，我回来了，发生了什么事情？”

法官回答了年轻律师，说道：“哦，比尔在这里教我涨工资的方法呢。”

年轻律师紧接着就回答道：“谢天谢地，让我来帮您吧。”接下来他真的这么做了，没做其他事。

为什么不采取一些更激烈的反应呢？年轻律师心里明白，这个证据不一定支持正式的指控，只能使法官和对手更加坚定地站在同一战线。因为若他提出指控的话，将迫使法官在接下来的审判中表现得更加公平无私。正如年轻律师后来所说，“我想要的就是打赢官司”。

现在看看东海岸的另一起案件。这是一起个人伤害案，被告被起诉拿了有问题的氧气调节器，导致医院使用过程中失灵因而出了事故。

原告传来专家作证，向法庭解释氧气调节器是如何失灵的。该专家更擅长于表达他的观点，而不擅长小心翼翼地形成观点。他的判断颇为吸引陪审团，即：调节器之所以失灵，是因为制造商没把过滤器放入氧气供应管道。实际上，如果氧气供应管道中插入了一般的丝网滤清器，就不需要过滤器或其他供应设备。

被告听了原告的理论之后欣喜若狂。然而，原告不知道的是，氧气供应管道确实有一个过滤器——比塞入氧气供应管道之中的鼓鼓的金属丝更好。相反，这种过滤器由烧结的金属制成。（这种过滤器有时被用于汽车排气管道，通过加热和挤压金属粉末或银一起形成过滤，但又不会融化金属粉或银。）

不注意看的人可能看不见烧结的金属过滤器，因为它只是氧气供应管道末端的一片薄薄的金属圈。其余部分（它们的作用是过滤）在氧气供应管道的内部。

当被告专家忽视这一点时，原告准备起而攻之。交叉询问专家证人时，他们还是不露声色。相反，他们把注意力完全放在原告专家的理论上。专家当庭重新检查了那个有问题的氧气供应管道，但是还是没有看见指示器金属圈。

但是，很显然，被告还不够小心。不知不觉地显露出了他们的得意，刚一休庭，正当被告律师和陪审团要出去的时候，原告律师和专家一起走到了物证旁。

审判继续进行的时候，辩方律师很受打击，他发现虽然原告余下的物证很完整，但是那个烧结的金属过滤器不翼而飞了——与氧气管一起不见了。他疯狂地环顾了四周，然后想起了原告律师专家聚集在氧气管旁边时站过的地方。在那里，地板上有一小块粉末状金属，那是过滤器撞在地上残留下来的。

法警被传来作证，他将金属粉末扫进了信封里，信封被做上了记号，与其他物证收押在一起。第二天，一个国家知名的测试局专家鉴定了这些粉末，认为是烧结金属碰撞留下的。

原告专家证人再次走上证人席以不利证人作证，他的选择很明了：承认去掉了过滤器，否则将面临伪证罪指控。

在他自己的律师的建议下，专家承认将过滤器拉出氧气供应管道，以看看到底是什么东西，掉在地上时“碰巧”踩在了上面。

陪审团很恼火。他们深信证据就在他们眼皮子底下被毁了，就几分钟的时间，就作出了裁决。一旦过滤器被毁，案件争点就只有这个证据了。

有胆小怕事、怯懦的人才会移除并撞坏过滤器，这是不道德的，也是不合法的。然而这并不必然意味着原告的举证没有任何价值可言——虽然陪审团是这样解释的。

如果你发现你的对手已经给你埋伏下了陷阱，要勇敢地面对。圣经中的一句话对总结陈词有用：

挖陷坑的，自己必掉在其中。(*He that diggeth a pit shall fall into it...*)

——《传道书》

显然，他自己要掉进去，谁也帮不了他。

第70章 黑 板

庭审的每一回合，年轻律师都觉得自己胜于对方，掌握的武器比对方有利。

对方有三人。

年轻律师只身一人。

对方每人穿一套细条纹的套装。

年轻律师穿着旧的、深蓝色的衣服，就是外套和裤子。

对方有一排黑色真皮案卷，上面刻着公司名字，金色的，里面装着文件和书籍。

年轻律师只拿了一个简陋的公文包，里面装着他的笔记。

到了展示物证和辅助设备的时候，对方的东西令人眼花缭乱。他们有绘制图表、总结报告、图片、电脑重现——任何现代通讯技术。

年轻律师只有一个帮手——一根粉笔。但是天知道如何使用它。正是有了这个武器，他赢得了两个主要的斗争：理解之争与信任之战。正如你所想，就是这两个因素决定了案件的胜负。

一上来是开庭陈述，该案是一起产品责任案，年轻律师代理被告，一家小型生产商。该厂的液压劈木机切断了一个四岁男孩的右手，事发当时孩子的父亲跑进屋里打电话，可是没有关掉过滤器的马达，过滤器仍在运转。

原告声称，过滤器应该有更精巧的安全设置，让四岁小孩无法操作。

年轻律师的职责就是，证明在安全连锁开关上发现了灰色黏性物质，对其的分析表明父亲用胶带将开关粘在了过滤器的架子上，已经使得自动刹不再起作用了。

“这种案件，”年轻律师在开庭陈述中说道，“与三件事有关：危险、规则和责任。”在他说话的同时，他把这三个词写在了黑板上，不管从什么角度看都像是一个教学老师。“人们所做的每件事都有危险——不可避免的危险。所以产生了规则，设计规则旨在将危险最小化并保护人们免受伤害。然后就是责任。其中一个责任就是负责控制机器的人要适当操作。另一个是当人们不遵守旨在保护他们自己和他人的规则时所产生的责任。”

接着他开始谈论本案的事实，而此时，“危险、规则、责任”这三个词还留在黑板上，将整个的开庭陈述连接为一体，说话时强调着他的主题……

密苏里州堪萨斯市的詹姆斯·W·吉恩斯说，在法庭里还没有黑板的时候，要求律师用口头语言和一般的物体来完成所有工作。现如今，法庭内没有黑板已很少见了。而且很多法庭都配备了X光投影仪和一些特殊的带有微型汽车和卡车的放大黑板，后者主要用于机动车辆案件。

律师可以带任何东西进入法院——幻灯片、影像、音频、视频、电脑、胶片投影仪、相片放大器、专业准备的医疗解释、图标、曲线图以及总结报告。

但是本章不讨论以上物体，而是讨论黑板。



为什么要讨论黑板呢?

想一想他们的标志吧。正如俄亥俄州克里兰的克雷格·斯潘根贝格在几年前的年会上所说:"当我一根粉笔在手,我是谁呢?我是一个老师。我在小学里教人事实,我是你可以信赖的人。我是我们这个文化社会里最可信的信息资源之一。"

标志只是黑板的利处之一。黑板是少数群体人沟通的工具,它没有任何神秘感,它完全是暂时的。当你完成你的讨论时,你可以擦去你所写的,如果写错了还可以随之改正。因为人们已经习惯于看黑板(有些人甚至费力的抄写黑板上的内容),黑板指挥着陪审团的注意力。

但是,黑板也有许多短处。

从远处很难看清黑板上写的是什么。除非你用水冲洗,黑板上的灰尘粘在上面,使得每次擦的时候更加灰暗。有些人似乎不会用适当的角度握粉笔,所以每次在黑板上写的时候,都会发出"吱吱"的声音。还有些人对粉笔灰过敏,或者至少觉得粉笔弄的手不舒服。便携式黑板看起来要么是太大需要两个人才能移动,要么就是太轻薄,你需要一只手写一只手固定黑板。而另一方面,永久性固定黑板通常离陪审团太远,很难让每个陪审员都看到。用小粉笔写字不舒适,而一旦拿许多粉笔在手里,就容易折成小段,不好用。由于你在学校的经验,你期待黑板地盘里总是有粉笔的。但是在法庭里,除非你自己带,通常是没有的。如果你在法庭里找到了一根粉笔,也是很小的那种,将在你写完之前就用完。

但是在你认为黑板是机械的、古板的和令人尴尬的,决定不再用它之前,再想想年轻律师的开庭陈述。想象那个开庭陈述使用的是张贴画和记号笔或者利用一个胶片投影仪。这些情形下也能和手里拿着粉笔的年轻律师一样,获得最初的可信性吗?

你会说,很好,我会在开庭陈述和总结陈词时在黑板上写几个字,我可能还会让事先彩排好的专家在黑板上画一个图表。还有其他的场合比利用现代技术的效果还好吗?

主询问和交叉询问。

举个简单的例子,你代理一个医生,他被指控对医疗事故负有责任。病人是一个中年男人,叫奎格利先生,因一起机动车事故于星期六晚上被送进急诊室。你的委托人,被告赫尔曼医生检查了奎格利先生,决定让他回家。之后,就在那天晚上,奎格利死于脾破裂——机动车事故中常见的腹部损伤。

从某些方面来讲,脾是个危险的器官。因为它含有血管,一旦受伤流血速度很快,而且很难修复。如果脾破裂了,适当的手术就是摘除它,完全康复以及恢复正常生活的可能性为百分之百。但是如果不摘除的话,脾破裂通常因为内部出血而导致死亡——就是本案发生的情况。

正因为如此,急诊室的医生都会仔细检查伤者受伤的脾。

现在,你需要解释为什么赫尔曼医生将病人送回家而没有对其进行诊断和治疗——要有合理的理由。

你的理由是赫尔曼医生进行了所有可能的检测,但是由于情况特殊,脾破裂的时间延后了,这些检测的结果都是阴性的。你会说,奎格利先生在医院时,没有人能诊断出他的脾破裂。

赫尔曼医生作了证,你对他进行了主询问,并利用了黑板:

问:医生,有没有能判断某人脾脏是否破裂的测试?(你将"测试"写在黑板的左上角位置)

答:有的,实际上有五种主要的测试能用来测试疑似脾脏受伤的患者。

问：你能告诉我们是哪五种吗？

答：第一种叫做反弹敏感度，是腹部触诊的特殊类型。

问：不好意思，医生，你说的这个词太长了，我能将之称为“反弹”吗？

答：可以。（你又将“反弹”写在了黑板上，就在“测试”的下面）

问：“反弹”的作用机理是什么？

答：实际上相当的简单。

当你完成整个的主询问时，你在黑板上列了个表，是这样的：

测试

反弹

红细胞

白细胞

成像

这时，所有人都有一种印象：医生在急症室上了一堂精彩的诊断课。

但是提问还没结束，接下来还有。

问：（你将“实施了”写在黑板的正上方，将“结果”写在右上方，然后继续提问。）医生，你刚刚提到的第一个测试是反弹测试。5月12号奎格利被送进急诊室时，你做了这个测试吗？

答：是的，我做了测试。（你在“实施了”下面一栏的合适位置标了个记号。）由于奎格利先生偏胖，所以我做了四五次，以保证结果正确。

问：那结果怎么样呢？

答：正常。（你在“结果”一栏里写下了“正常”）

当你第二次完成在黑板上的列举后，黑板上呈现以下情形：

测试	实施了	结果
反弹	√	正常
红细胞	√	正常
白细胞	√	正常
清洗	√	正常
成像	√	正常

你继续提问：

问：医生，根据这些测试和结果，你觉得你会对急诊室里的奎格利先生作何诊断？

即使证人尚未回答，陪审团心中已得出答案了。证人确信陪审团已经作出决定了。因为使用了黑板，你牵引了陪审团的思想，使得他们更加积极地参与审判。又因为陪审员们形成了他们自己的观点，所以，相比于证人简单地将事实告诉他们，这种方式能让陪审员更坚持自己的想法。

（但是，不要认为你的工作已经结束了，赫尔曼医生仍然在解释奎格利先生的脾破裂时间如何延迟，以及为何奎格利对没有注意到这些症状的出现负有责任。）

利用黑板技巧的一些建议：

- 注意到它有多简单。简单是在向法庭陈述之前在办公室里勤加练习的产物。
- 很简短。不要一次写很多字在上面。
- 要复印，不要手写。
- 自己做。在做这种质询时，证人必须实实在在地同时完成说和写的工作，特别是当

说话和书写同时被许可时。

绘画则有所不同。即兴艺术性粉笔作品通常情况下是个灾难，除非你画得极其简单，你最好提前在纸上画好，以物证形式向法庭提出。

仔细想一想的话，你会发现黑板主询问可以适用于很多不同的事实证人。黑板有助于你组织信息，使它们变得容易理解。黑板还有助于集中焦点，向陪审团呈现一个明显的框架性结构。通常，最简单的技巧就是作一简短的列举——不超过五六项——每一项用一两个字表述。如果还需要做其他的事情，那就是再列一张表，或者缩短列举的长度。

用黑板主询问专家证人特别管用。有一个好方法就是列成两栏，第一栏是事实，第二栏是对事实的解释。

在全美出庭辩护研究会（National Institute for Trial Advocacy）提供的弗林德斯一案中（Flinders v. Mismo Insurance Company），被告人是消防队队长奥尔森（Chief Marshal Olsen），以对他的主询问为例。这是一起火灾保险单诉讼，被告人保险公司主张弗林德斯铝制造厂被全部烧毁是因为有人纵火。消防队长作证说调查结果显示火是有人故意放的。

问：奥尔森队长，麻烦你带我们回顾一下您对弗林德斯大火的调查。非常希望您能跟我们说说您作为火灾事故方面的专家，在现场都看到了什么，然后再说说你看到的这些事实都意味着什么。（你在黑板上写了开头“看见”和“意义”。）当你第一时间赶到现场的时候你有没有看到一些特殊的情形。

答：事实上，我是看到了一些特殊的场景。当我们离现场只有一街区这么远的距离时，我们看见蹿到建筑物顶部的火焰呈红褐色。（你应该在“看见”下面写“红褐色”。）

问：作为火灾调查员，您觉得这些红褐色的火焰意味着什么？

你结束询问时，黑板上出现如下的情形：

看到	意义
红褐色火焰	化学品着火
水平方向蔓延	空气流通顺畅
浇水使火焰明亮	使用了催化剂
灰烬中发现酸	酸是催化剂

看看黑板上写的这些。即使你完全不了解案情，它也会让你联想到纵火，也正是被告人认为的结果。使用黑板的关键在于，有效的特征化证人的答案，问后续问题让陪审团明了。

还有一些问题要注意。因为黑板本身具有很大作用，所以你会担心如果不用黑板，证人的证言就毫无意义。但是，反过来想想，也是一样的道理。如果开始使用黑板，你将发现即使不允许陪审团看黑板，你的质询仍会不断推进。

为什么会这样呢？

在黑板上书写只是一个简单的程序机制，旨在组织你的质询使得人们容易理解。

在我们结束对主询问的讨论之前，还要注意一小点。我希望你们知道，在说“没有问题了”之前要擦掉黑板上的字。可能有些律师很迟钝，将所写的内容仍留在黑板上，但是我不知道有这样的律师并有这样的事情发生。如果不擦去的话，对方对于你所写的东西，可能会创造性地想到一些对你不利的东西。

教训是什么？即使是必须用自己的手帕，你也要擦黑板。

那么，用黑板交叉询问的情况又如何呢？

你已经知道，关于如何提问，交叉询问必须比主询问要更小心。当然，这种加倍小心的必要也涉及使用黑板。

交叉询问事实证人时，使用黑板的最简单方法就是在黑板上写下个别词语以表达你的质询内容。不要写得太长，通常五六个字恰到好处。

遇到以下情形你必须特别小心。当你写了五个或者六个点以后，你可能感觉胜券在握了。你看了看黑板上列的几条，信心十足地向证人读了你列举的点，以对质他的不一致陈述，这是强大的降服手段。

注意！如果你这种降服手段的话，会发生一种可能性：你多次重复问同一个典型的问题。

现在让我们再看看总结陈词。在这个阶段律师们更习惯于用黑板。例如，有些原告的律师在黑板上进行损失的计算。如果你也这么做的话，要注意提前在纸面上仔细做好运算。有些辩方律师喜欢在黑板上写下关键事实，而一些检察官则会列出犯罪行为的要素或者用曲线和箭头揭示犯罪谋划的过程。

但是，不好的一点是，大多数律师在总结陈词时都不能创新地和有效地使用黑板，而黑板的潜力却是无限的。

1. 它可以成为你的提纲。列出四五个你将要就其进行讨论的主要观点。若是做的得当的话，这一列举可以代替你的笔记，你可以在讨论的同时不断回头来看你列举的点。

2. 它能再一次呈现你的主题。在皮带输送机案的一开始，你可能只能从其开庭陈述中记下三个字，它能让你感受到运用黑板的作用何在。

3. 它可能最后达成你的结论。在所有的辩护术中，最有效的辩论方法就是以适当的顺序将事实传达给事实发现者，以使得这些事实最后叠加成你所希望的结论。如赫尔曼医生的测试和结果的列举，在你形成结论之前，它就能暗示陪审团结论是什么。黑板使你有机会同时以视觉的和口头的方式达到以上的效果。

到现在为止，对于法律方面和使用黑板方面，你可能有一些问题。

那开庭陈述有问题吗？

开庭陈述的目的旨在让律师解释案件的全部情况——告诉陪审团将证明什么。只要律师的评论适当，将开庭陈述的一部分（或全部）写在黑板上就不会招来反对，除非法官自由裁量控制广义上的法庭秩序。实际的情况是，好多法院经常允许律师在开庭陈述时使用演示证据，那使用黑板应该也不成问题。在大多数法院，反对开庭陈述时（尤其在最后辩论时）使用黑板，一般不能通过被称作法律可行性的嘻嘻笑测试（giggle test of legal plausibility）。

但是黑板主询问和交叉询问不同于开庭陈述。法院有没有可能裁决开庭陈述是律师不恰当的证言呢？

法院可能认为它是律师的证言，但事实并非如此。如果你回头看看之前举的例子，律师写在黑板上的内容都来自于证人或者可采的物证，如学术文献。并不是律师，而是证人在作证。

如果开庭陈述是不适当的证言，那它是不是律师不适当的强调，并最终导致了律师的评论和庭审中间阶段的辩论呢？

但是单是选择提问的问题就是一种强调。组织结构、声音反射、提问速度、说话的音量、身体姿势以及面部表情等都是一种强调。然而，使用黑板有别于重复地大声读出挑选出的词语。黑板是用来组织信息的，其最主要的作用是帮助理解。此外，任何使得律师写下的内容具有说服力的技巧，对方也可以自由使用。

但是你如何能让黑板变成物证呢？

照照片——通常是偏振片——用照片代替黑板，交给法庭。但是在你那样做之前，稍

微思考一下黑板上的东西有资格作为物证吗？你想让它成为永久性的记录吗？如果答案是肯定的，那就去做吧。要不然，就是将黑板擦干净。

但是，要是法官不允许我用黑板呢？

如果你感觉使用黑板能有助于你更有效地为委托人服务，那么，一旦法官拒绝你使用黑板，你就记录下来。

还好，越来越多的法官意识到，演示性的辅助物有助于陪审团理解事实。那就是用黑板质询的目的所在。陪审团越是理解，裁决越是好。正如联邦上诉法院第五巡回区的帕特里克·E·希金博特姆（Patrick E Higginbotham）在一次得克萨斯州达拉斯举行的律师协会诉讼部会议（ABA section of Litigation meeting）上所言：“如果陪审团能听到演示性辅助物，他们应该也能够看到的。”

第71章 高科技审判

俄亥俄州北部地区的联邦法官凯思林·M·奥莫林（Federal Judge Kathleen M. O'Malley of the Northern District of Ohio）外出去法学院做演讲，是关于总结陈词的。演讲的主题围绕利用高科技显示设备，这种设备已经遍布全国的联邦法院。

奥莫林法官在克利夫兰市拥有一流的硬接线高科技法庭，他对高科技法庭的运用相当满意。他向学生们说道："我一般不做预测，但是我将就高科技审判做个预测：在五年内，全国的联邦地区法院将会配备现代化的显示设备。"

你应该重视起来。现代通讯技术已经渗入法庭并呈现不可阻挡之势，几年前拥有视频播放设施的法庭还屈指可数。为了重现视频附誓证言，你不得不将显示器、推车、缆线、绳索和音频磁带录音机搬到法庭，各种绳索从走廊费劲地拉到法庭里。接着，你得用胶带把绳索粘在地板上，防止人们在庭审过程中被绊倒。

从那以后，视频显示器得到广泛运用，它能让你在视频屏幕上显示文件和有形物证。航空旅客普遍用来打视频游戏的手提电脑被引进审判过程，用幻灯片播放的形式进行开庭陈述和总结陈词，还能用来展示文件和演示性证据。

电脑重现技术能重现飞机碰撞、自然灾害、道路封闭对出行方式的影响或者污染在整个城市的蔓延轨迹。还可以显示火车撞车和机车事故，表明被告的咖啡机侵犯了原告的专利。

你可以在交叉询问时用证人的附誓证词来弹劾他，而陪审团一边能看到视频屏幕上显示他的庭外作证，一边看到证人在证人席上的扭捏作态。

还有一些令人印象深刻的改良技术。用科技奇术把审前调查过程的录像刻进磁盘里，这样你在法庭上就可以不断地使用激光笔，利用条形码识别关键证词。将电子笔和坐垫链接到你的电脑和视频显示器上，可以在物体的一部分周围画曲线，或者突出文件的关键章节——就像约翰·马登一样，在假传动作重放（replay of a play-action pass）上画曲线和箭头。

当然，高速数据可以转播视频和音频信号，使律师能质询身处其他城市的证人，而陪审员就能现场观看证人在视频上的反应。

现如今，大多数法学院都配备有录像机、录音机和显示器，以及视频显示器和幻灯片播放设备。很多学校的模拟法庭室都配备了先进的设备，可以与联邦地区法院的法庭设备相媲美。

全美出庭辩护研究会（National Institute for Trial Advocacy）已经出版了一本名为《诉讼律师的幻灯片》（*Powerpoint for Litigators*）的书，作者是迪恩·C·赛莫尔（Deanne C. Seimer），弗兰克·D·罗斯柴尔德（Frank D. Rothschsild），爱德华·R·斯坦（Edward R. Stein），和塞缪尔·H·所罗门（Samuel H. Solomon），这本书被法律继续教育协会（Association for Continuing Legal Education）授予2000年度"专业优秀奖"（"Award of Professional Excellence" for the year of 2000）。

随着这些激励因素的推进，你可能会认为出庭律师必须像看待掌控法院办公室的电脑一样，看待新近的电子小发明。

还不能，这些小发明还未达如此的地位。

很意外的是，有很多律师办案时从未使用过电子证据——除了偶尔提供证人附誓证词的录音以外。大多数律师将他们的手提电脑丢在家里，除非是在律师协会的演示，从未看过电脑重现场面，还有，甚至从未尝试过使用视频显示器。

因此，在法官奥莫林的法学院演讲后没几天，我去公文包咖啡馆，想看看规则制定者是如何看待这些高科技东西的。

“第一个主要障碍就是资金。”保险公司的代理律师迪克·马吉尔说。

“你说什么？”芭芭拉·斯汪森说道，“大概 1 500 美元就能买一台不错的视频显示器，而且很不错（and they are berries)。这种视频显示器只有公文包那么大，而且只有几磅重。将它放在桌子上，支起脚架，准备好的小彩色视频摄像机能够拍摄任何你想要的画面。你可以演示整个文件的内容，也可以变换焦距，让陪审员看到你希望他看到的证人证言中的三个关键词。这就像给物体拍照片一样轻松。”

马吉尔点头示意。“对，我知道。”他说道，“这些东西不错，我都想有一套。但是不知道你们是否了解真正的现实辩护实践。我曾尝试过让圣格瑞尔保险公司花 15 000 美元到 20 000 美元买一套电脑重现设备；或者花钱把2 500份文件扫描可见硬盘里；提取额外的附誓证词都有困难，更别说还要把它们刻进盘里了。”

“关于如何支出费用必须谨慎。”安格斯说，“最有价值的事情是你能得到逼真的画面，用它来解释你方举证的关键部分。如果用几张照片就能搞定的话——不管是扫描在磁盘上的还是只是安装在泡沫板上的单相交——你已经完成工作了。”

“照片不是很贵，”安格斯说道，“除非它们是电脑重现。真正花钱的是一次性方法。扫描、录音、将数以千计的文件解码、成像，甚至是整个的附誓作证程序，都可以用激光笔即兴回溯。”

“通常做以上工作都是因为有所担心。‘说不定什么时候我能用到这些记录呢？还是将所有的都扫描进去为好。’来自得克萨斯州的一个律师曾告诉我，他所在的公司真的将 100 万份文件刻录在一个巨大的硬盘里。这得花多少钱啊，不敢想象。”

“也许花点时间挑选出那些对案件而言真正重要的文件会更好。”贝斯·戈尔德如是说。

“我想了解开庭陈述和总结陈词中的幻灯片演示是怎么回事？”玛格丽特·安德森说道。

“他们当然在司法部门大受欢迎，”我说，“我听联邦检察官助理说，如果他们的手提电脑不装载显示软件，他们就不出庭。”

“我得承认，”玛格丽特说道，“至今我还未看到过满意的幻灯片演示。我知道它们应该是很有趣或者类似那样的，但是我认为那些演示通常都很无聊。虽然人们认为幻灯片应该使好的演示更好，但事实是不好的演示更加糟糕。大多数律师不是将几个观点强化得更好，而是将所有没用的、鱼龙混杂的提纲一股脑放在一起。”

“不管软件多么先进，”马丁·鲁说道，“电脑最擅长做的一件事就是将所有杂乱的高科技集中到一起。看看这篇文章的前页（载于《华尔街日报》2000 年 4 月 26 日）（Wall Street Journal，April 26 2000）您认为呢，中尉先生？……”

“我来看看，”玛格丽特说，她开始大声地朗读：

“今年早些时候，休奇·希尔顿将军，参谋长联席会议的主席，向美国在全球的军事

基地发布了一个不寻常的命令。”

“内容：虚饰之物已经够了——要点就好。”

“听听这个。”玛格丽特说道。

“希尔顿将军的命令只是最近以来国防部对不断增强的电子威胁——幻灯片作战指示——发出的攻击。当然，商业执行官抱怨这些无止境的幻灯片演示，在整个美国，那些急切的中层管理者在黑暗的会议室里进行这样的演示。但是在军事方面，软件项目有助于使用者制造以计算机为基础的图形和声音效果，这已成为生命中最致命的事实。”

“你认为那正是我们趋之若鹜的事实吗?”迪克·马吉尔问道，“电脑演示上到处都是微型小坦克和吉普车图片在投掷点旁边盘旋，在演示 K 定量成本上升的过程中，点燃地雷?”

“不，”玛格丽特·安德森说道，“恐怕我们还没那么有创意。我们看到的就是一些无聊的提纲，里面充斥着无尽的、不必要的文档，每份文件都有用黄色标出的浮夸的句子，搞的好像它们很有趣或很重要似的。主任律师就站在屏幕旁边，嘴中念念有词，反复地念叨着：‘下一张……下一张……下一张。不，跳过那一张……”

“我知道有一些高科技审判，”专门办理专利和商标案的梅森·莱克勒科律师说道，“但是我还从来没见过哪一个高科技审判不因为小发明而出现问题。因为计算机瘫痪，显示器闪光、激光笔失灵，所以技术人员必须进行无数次的键盘输入才能找到对的影像或文档。与联邦法院相比，地区法院似乎更容易发生这种情形。”

“为什么会这样?”安迪·隆德奎斯问道。

“因为在州法院办案时，你必须把外面带来的一切设备搬进法庭，”莱克勒科律师说道，“首先，没有合适的地方放置这些东西，因为当初设计法庭时根本没考虑这个方面。你不会为陪审团配备陪审团盒子，盒子里面装有每个陪审员所需的艺术平屏的彩色显示器。所以，你要么把有线显示器放在法庭正中间，要么租一个巨大无比的屏幕或者最亮的投影仪，这样才能保证所有人都能看到整个屏幕。”

“接着要确定你应该站在哪个位置。在联邦法院也一样，因为大多数联邦法官都认为，在整个审判过程中，你应该待在锁着的小讲台上，或者坐在律师席上。”

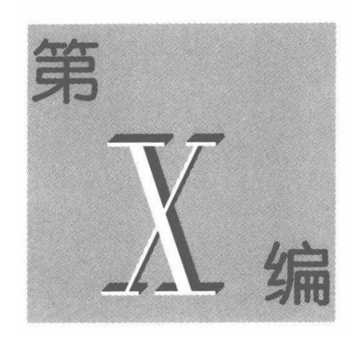
“但我喜欢走来走去啊。”莱克勒科律师说道。“大多数州法院的好处之一就是可以到处走。法官允许你走来走去。当我作开庭陈述、交叉询问或者总结陈词时，我不想躲在比我还大的讲台后面。当然，我也不希望陪审团的注意力在我和物证之间来回转移。我想作为引导者——成为一名老师。我想成为让证据发挥作用，指出关键事实的人——不是握一个谁也握不住的可笑的小激光笔——而是用我自己的手。”

“我的感觉是，你不喜欢高科技审判。”安迪说。

“我觉得‘喜欢’这个词不合适，”莱克勒科律师回答道，“高科技审判很容易浪费大量的时间和金钱。你不能让自己被这种想法所诱惑，即：如果一个影像相当于 1 000 个字，那么 1 000 个影像就是 100 万个字。你必须为你想做的事情选择对的方法和合适的设备。”

“光有这些光鲜的设备，并不意味着你就应该忘记好的老式单反机，或者陪审团可以看得见、摸得着的实实在在的证据。在电脑被关闭、屏幕变成一片空白之后的很长一段时间里，这些证据仍在评议室里为你的事实证明发挥作用。”

“但是，尽管存在这些不足之处，我真的喜爱所有这些小发明，”莱克勒科律师继续说道，“为了纯粹的娱乐、为了真正的辩论快感，只有一件事情比好的高科技审判要好，那就是，一个年迈的地区律师，用他富有魔法魅力的语言，让法官和陪审团看到真正的、活生生的事实。”



第X编 说服的语言

第72章 语言晦涩

安格斯正在法学院做一个关于出庭辩护技巧的演讲，到了提问和回答的时间。文森·沃波尔老师（他在商业诉讼研讨班任教，他一如既往地以如下方式说话。）站起来提了个问题：

“打断一下，”他说道，“有关执业前对预备训练充足性的认识，我有个问题。”

“我注意到那些批评意见（通常被正规的法律教育所抵消），并了解到，很多大公司——当然是那些在国内或者国际上占有一席之地的公司——不得不在内部进行一些补充性的和补救性的诉讼辩护学培训，在这种情形下，我们的学生要想成为出色的律师，应该怎么做呢，主讲者能不能给出一些建议呢？”

“有些人可能没听清楚，”安格斯说道，“他的问题是，我能否给我们的法学专业学生一些建议，助他们成为更出色的律师。”

“我可以给一些建议。

“对于你们，最重要的事情就是，重新学习像普通人一样说话。”顿时，场内掌声雷动，安格斯继续说道，“在学校里，我们的每个学生都正在被训练成专业的交流者——专业的写作者和专业的讲话人。不管你曾经有没有申请动议、代理案件或者提起上诉，你的工作就是写和说，并以它们为业。

“如果你仅仅进行了法律问题的研究，并有很好的想法，但不与人交流，没有老板愿意聘请你。作为专业的交流者，你写的、说的所有东西应该很容易被人理解。你是舞文弄墨的人，你的工作就是让别人理解你。

“但问题是，在学生时代，你就已经被训练成为说晦涩语言的能手。”安格斯说道。

沃波尔教授再次站了起来，说道：“我可以将你的话理解为，当论及有效的交流技巧时，你不打算指出该学校在这方面的努力产生了适得其反的效果。我们的学生在严密思维和精确表达方面受到了培训，这二者是出色的法律人所必须具备的素质。”

安格斯笑了，“这是个普遍现象，任何职业都一样。你拿起任何一本法学院的案例书，看看它是怎么编写案例的，太难懂了！正如大卫·韦纳（他是俄亥俄州克利夫兰市哈恩·娄塞·帕克斯律师事务所的一名律师。）所说：‘如非必要，你一定不去读这本书。’

“每本案例书的潜在含义是什么？想成为律师吗？你得学会像这样写作。

“每门法学课程潜在的含义又是什么？想成为律师吗？你得学会像教授那样说话。

“但不只学校是这样，”安格斯说道，“其实这种现象无处不在。这是一种完全的亚文化氛围，置身于其中的我们学习用生硬和晦涩的语言说话——因为我们想成为这种亚文化群体的一员，我们希望被接受，希望变得跟这里的其他人一样。

“很有意思的是，我们学习的大部分文字——我们逐渐学会的大部分口头习惯——与法律技巧和精确要求毫无关系。

"既然几乎没有任何课程能解除已结成的恶果，你最好自我训练——无论何时，刻意用平实的、简单的语言。

"实际上，为了辅助你完成自我训练，我列了一个词语单，上面的词都是我在庭审当中（为了达到目的，也可以在日常的谈话中）避免使用的，因为这些词使你的语言晦涩难懂。"安格斯拿出几张单子，我帮他发给大家。我留了一份给自己，我必须从别处获取材料。

避免使用的词

辩论中用的词语

"明白的"——是对"平实的"或者"明显的"的更好的表达，而后者无论如何都不能用。如果一些事情真的是平实、明显的，就没必要说出来。你千万不要在辩论中说出一个可能很多人不明白的词。

"清楚的"——画蛇添足，无用武之地。如果某事很清楚，根本用不着说。如果不清楚，你说出来的话无疑是邀请听众质疑你。

"拒不服从命令的"——用它表达某人（如证人）固执和顽固地不遵守命令，真是个笨方法。

"极坏的"——意思是"令人无法容忍的"或者"极其坏的"。在进入法学院之前，我们大多数人都没听过这个词。那凭什么我们要认为因为我们学了这个词，其他人也要学呢?

"提出"、"声称"、"辩论"、"主张"——大家都知道这些词的意思。它们的含义是："这不是真正的事实，我之所以辩论是因为有人花钱请我这么做。"不必替换这些词，不用就行了——除非你是在指出对方说了这些词。

引导他人的词语

"先前的和随后的"——华而不实的华丽辞藻。联邦地区的罗伯特·E·琼斯法官在他还是俄勒冈州的地方法官时做了一个调查：在他当时所在的法院中，60%的法官分不清"先前的"和"随后的"这两个词，他们知道"之前"和"之后"是什么意思。

"预先的"——比"先前的"还要糟。

"同时的"——以"预先的"还要糟。

"有时间"——如"紧随撞车之后，你有没有花时间调查过原告的行为吗?"一般人用"有时间"意指一个特殊的时间，如婚礼将至，你需要租一个礼堂。

"到了该做……的时间了"——是对"做了"这个词晦涩和拐弯抹角的表达，如，"到了该调查被告的时间了吗?"但这个词与"有时间"一起用时，才是最糟糕的。

"你有机会……"——实际上就是"你有可能"，但是我们用它表达的意思是"你是否做过……"

"谈到"——虽然它的意思是"关于"和"涉及"，但是我们通常用它来同时谈论两个相关的主题——这就变的费解了："谈到现时的道路状况，你还能继续控制车的方向吗?"

"被争议的"——当我们记不清日期或者地点或者其他一些重要的细节时，我们就用这个短语，如"在被争议的那天晚上，你在哪里"。它所表达的意思是，我们真的不了解事实。

"顾客"——当你谈到你代理的委托人时，这个词表达了两层含义：首先，你记不得他的名字；其次，是他雇佣你来做这件事的。这两层含义都不好。讨论对方律师时用这个

词才合适。

“发起”——“开始”通俗易懂，而且还少三个音节。

“我将你的注意力引向，把你的注意力引向……”——用这句话引入一个新的主题是个糟糕的方法。直接说出主题更简单：“现在，就你与马奎尔先生见面的事，我有一些问题，我们何时开始啊？”

主询问和交叉询问中用的词语

“陈述你的名字和地址以供记录”——虽然从字面上看大家都明白这几个字的意思，但是其潜在的含义却令人不舒服：“没人在意你的名字是什么，这只是我们必须履行的一个程序性的程式而已。”

“我来问这个问题”——累赘无益，此外，不必得到许可后再提问，因为那就是你的工作，尽管问就好了。

“观察或者理解”——“看”和“听”效果更好。

“这是事实，不是吗”——尽管使用该句子能增加单个问题的力度，但是这些句子变成了语言累赘——很快拖慢了提问速度并因一些无用的声音掩盖了其原本的含义，如下：

问：这是事实，你脱掉了你的帽子。不是吗？

答：是的，你说的对。

问：你也脱了外套，不是吗？

答：是的，我这么认为的。

问：那么，就在那时你把帽子和外套同时挂起来了，不是吗？

答：是的。

尝试去掉那些累赘的词。

问：你脱了帽子？

答：是的。

问：还脱了外套？

答：是的。

问：将它们挂起来了吗？

答：是的。

“指示”——“表明”和“显示”更有力。用后两者替换前者吧。

“相关”——与“指示”一样糟糕。

“如果有的话”——如“如果有的话，在那个时间，接着发生了什么事？”加入“如果有的话”，其背后的理由似乎是，其对于能避免提问变为诱导性或者指示性问题。一派胡言！“接着发生了什么？”没任何问题。

“证言”——在交叉询问过程中，“证言”这个词使得证人的话具有了更多尊严化的东西：“那时红灯亮着，是你的证言吧？”用个简单的“说”字，看看他能将证人的尊严削减多少：“你说当时是红灯？”

“使用”——“用”几乎总是更好点。

“如果你想想”——累赘的语言。没人期待证人就其不记得的事实作证。

“删除”——传统上，当放弃一个不成功的问题重新来过时，会用这种说辞。实际上就是指示书记官将上个问题的记录删掉。但是书记官从不会那么做。他们只会写上“删除”这个词，然后继续记录你的话。所以，还不如这样说：“我要重新问上面的问题。”

第73章 恰当的措辞

恰当的词与差不多恰当的词，它们之间的鸿沟犹如电光与萤火虫的区别。

——马克·吐温

The difference between the right word and the almost right word is the difference between lightning and the lightning bug.

——Mark Twain

用对恰当的词不是件容易的事。原因之一是，这与我们在学校接受的训练相左。正是在学校里，我们学会这样说话："以下是我们的观点：被告没有参与导致医疗事故发生的行为。"——令人惊讶的是，我们还认为这种表达很有说服力。

到法学院接受培训就是要你学习像律师一样说话。但是办案时又要求你重新以普通人的口吻表达。选择恰当的词语要求更高，它要求你对以下事实保持敏锐的觉察力：不同的词汇是如何影响人的。

原告的律师会避免说"意外事故"这个词，取而代之的是"冲撞"、"碰撞"或者"撞车"，这是出庭技巧的一种。辩方律师用这种技巧，他不会说"孩子跑进了车流"，而是说，一个人"被卡车撞了"。原告律师会说"年轻女人过马路时被撞死了"，而对方律师会将事件描绘成年轻女人"过马路时未遵守交通规则"。

选择恰当的词语就是：公诉人质询被告时会用"嗑药"或"吸可卡因"这样的词（选择这些亚文化词以增强他对此的反感），或者是：辩方律师就被豁免坐牢的证人与公诉人达成的"交易"质询证人。选择恰当的词是：原告的律师用"大意"这个词，以让陪审团感觉原告的证明责任似乎不那么重——而同一案件中，律师说被告的行为"无罪"，以给陪审团制造与前者相反的印象。

一方面，你不能因为很好地选择了词语就对它抱太大的期望，好的词语不能代替好的事实，有力的语言也不能使你的证据无中生有。不合理地夸大不是恰当的语言。

而另一方面，不要轻视语言的力量。如《圣经·约伯记》所言："恰当的词语多有说服力啊。"（《约伯记》6：25）（"How forcible are right words." Job：6：25）。我们所选择的词语有助于形塑法官和陪审团的想法。然而，毫不惊奇的是，恰当的词语产生了作用，但是要证明它们的作用很难。以下情况几乎不会出现：陪审团跟律师说，他们觉得某个辩论有说服力。亨利·罗斯布拉特在马里兰州有个案子，庭上他一直直呼被告人的姓，博比。想想看，当陪审团主席说"我们裁决博比无罪"，这意味着什么？

原告律师遇到了特别的难题。要谈论死亡赔偿金问题，但又要摆出不为金钱所动的姿态，该怎么办呢？有一种方法：在你身上一定发生了什么事，多少钱也换不回杰伊·本森的命。为什么我们要求对他的死亡进行赔偿呢？因为，在法律上，只能通过金钱赔偿的途

径救济一个人对另一个人造成的伤害。如果你觉得有问题的话，就想想若是法律对于杰伊·本森的死亡无能为力的话，这种制度有多可怕。

刑事被告人的劣势之一是：因为指控是州检察官（甚至是联邦检察官）对个人的控告，所以陪审团在潜意识里就对指控报以相信的心理。

伊利诺伊州惠顿市的基思·罗伯茨对作证的被告人提出一些问题，正是这些问题会推翻公诉人的指控：

问：迈克，对于这个人对你的指控，你理解它的性质吗？

答：我觉得我应该理解吧，他说我偷钱包。

问：迈克，你做了吗？你偷了钱包吗？

答：我当然没做呀。

问：好吧，迈克。关于12月3日晚上，也就是威尔森先生说他的钱包被偷的那天晚上，我有几个问题。

在主询问一开始就抛出被告人的无罪答辩，以上就是一个简便的方法，而且其效果可能是最佳的。

如果你对词语的言外之意很敏感的话，你可能会注意到，质询对方证人时或者总结陈词中用"证言"和"作证"，会夹带一种肯定的意味。人们常说，"证言"是你的当事人在庭上的陈述，而其他的词语，如通常说的"说了"、"陈述了"或者"主张了"是用来描述对方证人的当庭陈述。

正如恰当的词可以用于某些合适的场合，有些词要避免使用，因为它们会制造麻烦。"我"就是典型的例子。"我"这个字不仅因其带有自我主义的含义而削弱你的可信性，而且它还经常引导律师在陈述其委托人的诉因时，一不小心就加入他们自己的个人想法，而这是被《美国律师协会职业责任准则》（the American Bar Association Code of Professional Responsibility，DR 7—106（1971））所禁止的。

避免说"我的委托人"。每说一次，陪审团都能听到你的钱箱里进钱的声音。说你是"史蒂夫·瑞尔的律师"，比说"他是你的委托人"要好，或者直接叫他的名字也行。

在主询问和交叉询问中，不要用"再一次"这个词。因为它将招致对方的反对，因为这个问题已经提问过了，并已得到回答。

"说谎"是个很有力的词，也因此带来麻烦。陪审团通常不相信证人在作证时会故意说谎。若你控告证人作伪证，这会给你带来极大的危险，即陪审团一定会认为这就意味着，证人对陪审员们撒谎是为了让他们作出对你有利的裁决。要点是：不要明着指出证人说谎。一般还有更好的方法来达到你的目的。

陪审团遴选程序中最经常听到的词就是——"公正无偏的"——而你要申请有因回避，最不能说的就是这个词。

为什么呢？

找一个你认为最不偏私、最公正的人，问问他能不能做到公正无私。不用说，你也应该知道答案的。只有那些深思熟虑、谨小慎微的人才会在充分思量他们能否保持公正和无私后，说他们做不到。

这个词的问题不是出在它缺乏高雅或者说服力。相反，如果你问一个陪审员他能不能做到公正和无私，答案几乎总是肯定的，因此便抹杀了你提出有因回避的所有希望。

北卡罗来纳州德罕律师做的一个有意思的调查研究证实，谨慎的诉讼律师总是对程度加强型的词语，如"非常"、"肯定"、"当然"持有怀疑的态度。他们经常使用一种对于陪

审团没有说服力的“无力”的讲话方式，而不是用一些“强势”的词语。（See Conley, O'Barr and Lind, *The Power of Language: Presentational Style in the Courtroom*, 1978 Duke L. J. 1375.）

有些词语，从发声就可窥见它们的含义，这些是恰当的词语。拟声词（是合适的短语，但是对于模拟它们自然声音的词来说，可能不是“恰当的词”）“砰”、“哐当”、“叮当”和“呼哧”这些词令人印象深刻，因为一读出它们就知道是什么意思。已故的康涅狄格州布里奇波特市的泰德·克斯科弗将这些词称为“冲击性词语”（impact phrases），它们能立刻在人脑中形成鲜明的形象，以上列举的就属于冲击性词语。例如，对于陪审团来说，“伤口流脓水”比“化脓性的身体损害”更易记住。

有时，你虽然不知道一个词语的确切含义，但是它能传达一种情绪性的意义。例如，你想表明一个声称是被殴打致死的女人实际上是酒精中毒而死（通常是由于阻碍呼吸）。所谓的“受害人”是一个只有一个肺的中年女人，而这仅有的一个肺也因气肿而被损坏。你通过阅读尸检报告书得知此点，报告上说那个单独的肺上面有“水泡形成”。

你不用查阅什么是“水泡”，就能确定它肯定不是什么好事物。你可以想象一下你对医生的交叉质询，包括关于水泡的一些问题：

问：医生，你的报告上提到这个女人的单肺上有“水泡组织”，是吗？

答：是的。

问：那不是一个正常的、健康的现象，是吗？

答：也不完全是。

问：即使有气肿也是正常的、健康的？

答：是的。

问：这些水泡可能是由终生的吸烟习惯造成的？

答：可能是吧。

问：是通常的原因吗？

答：是的。

问：医生，你能说说她肺上有多少水泡吗？

答：我记不清了，就像覆盖在肺上的一层。

问：你也不清楚那个被切掉的肺上是否有水泡吗？

答：不记得了。

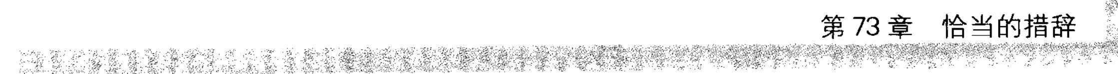
问：医生，至少你同意以下事实吧：一个只有一个肺的39岁的女人——而那个仅剩的肺上有很多的水泡，所以你在尸检报告书中提及——相比于有两个正常的、健康的肺的人，她的呼吸更加困难，是吗？

答：是的，当然啦。

如果你不将事情描述的更戏剧化，冲击性词语将变为冲击性短语，甚至成为举证的主题。原告律师摩恩·莱文曾经代理一起非正常死亡案，他说到死亡赔偿金时用的句子是“对死亡进行无情的、残酷的、和可怕的计算”。

还有一些冲击性短语。但是在看之前，注意一点：一个一个地来。将它们全部列在一张纸上，将好几个庭审上的集中情绪放在一起，不能将这些短语结合起来看。

- “卡罗尔·韦格曼不需要你的怜悯：他已经获得了大把的怜悯，他需要的是司法正义。”
- “痛苦是通向地狱的窗口。人们祈求死亡来结束长期的痛苦。”
- “他们现在就是两根木头。他们的脸没有了，上半身也不见了，还有上肢和下肢都



没有了。他们成了两个活生生的木头人。"

以上的例子都来源于劳伦斯·J·史密斯的佳作《辩论的艺术：总结辩论》(Lawrence J. Smith, *Art of Advocacy*: *Summation*, CA 1—73 (Matthew Bender, 1987)) 中的辩论陈述。

有时，一些句子因其周遭的举动而具有了特殊的意义。在马里兰的一个案子中，克雷格·斯潘根贝格代理一个患白血病的原告，他已经濒临死亡。在审判进行一部分后，原告突然在主询问和交叉询问中抛出了他自己的医疗专家证人。在交叉询问的某个时刻，斯潘根贝格走向空荡荡的原告席的后面，把手放在椅子背上，问道："告诉我们，医生，这个人还有几天时间?"

好词语——恰当的词语——不会凭空产生说服力。说服力来自你对一个地区——地方性的、地域性的和全国性的——价值观的理解。在代理医疗事故案时，有个问题，即原告得到的那种公众回应，公众如何理解"医疗差错"这个词。许多陪审员认为医疗失职案是对一个正直的医生无根据的指控。

解决以上问题的方法之一是，想办法让陪审团知道什么是医疗事故。另一种方法就是圣弗朗西斯科的约翰·伯吉斯在办案时采用的——避免说"医疗差错"，用其他词语代替。"那个人（指着医生）有资格被称为'医生'，而'医生'代表着整个社会对其的'信任'，然而，他的行为已经使得'医生'这个词不再是'信任'的另一种表达，而是'不可靠'的代名词。"

了解一个地区的价值观可以让你作如下评论，如：陪审团就是"这个地区的良心，他们要决定是否支持这辆车的生产方法，或者是否要向底特律发一个将被知悉的信息"。

很多原告律师认为有必要让陪审团产生一种印象，即他们对损失的评估不能被事后更改，因为那是原告的"出庭日 (one day in court)"。以下的评论使得这一观点更站得住脚：

我做记录用的这支铅笔上带有橡皮擦。法官手上记录庭审笔录的铅笔，从本质上来讲，也是带有橡皮擦的。如果有律师犯了错误，说了不该说的话，可以通过法定程序来纠正它。如果法官对你的裁决从法律上来看不正确，同样能用法律程序纠正。然而，涉及事实真相和损害赔偿，却没有办法纠正任何一个错误。你的铅笔上没有橡皮擦，你用的是永远无法磨灭的墨水。

劳伦斯·J·史密斯《辩论的艺术：总结辩论》(Lawrence J. Smith, *Art of Advocacy*: *Summation*, p. CA 15 (1—C. 03) (Matthew Bender 1987))

摩恩·莱文曾经用过的一个最著名的类推法是关于一个失去双臂的人的。(如今很多律师用这个类推法，以至于它听起来没有存在过，但是先别管这些。)

当你们享受着国家提供的午餐时，我知道这似乎是理所当然的。但是对于某人来说有特别的意义。你们可以正常地吃饭，而且一直都是。我希望你们能带着我还有艾伦·布朗斯坦一起去吃午饭。艾伦不得不将他的脸埋在盘子里，像狗一样吃饭。

庭审过程中，你必须对证人和对方说的一切事实保持敏锐的觉察力，因为有的时候，第一次说的话之后可能会成为整个案件的主题。举个例子，有个女人作证，她描述了被告的雪佛兰克尔维特车减速时在路上留下了"白色条纹"——这种描述将以大写字母的形式呈现，在总结陈词时就成了大写的"白色条纹"。

有时，是你的对手先提出类似上面的词语。在《卡伦·斯尔克伍德出庭辩论之道》(*Karen Silkwood Trial*, 2 TRIAL DIPLOMACY J., No. 3, at 8 (Fall, 1979)) 一书中，德里·斯彭斯 (Gerry Spence) 跟我们说，对方当事人是怎样坚持认为丢失40磅的钚算不

上“丢失”——可以忽略不计。这种方式是在委婉地引导斯彭斯对其进行打击性重复。

要准备用你最喜欢的引言提出主张，在其中插入金玉良言，如“愤怒是种子，仇恨是树”（圣奥古斯丁）（“Anger is a weed; hate is the tree” St. Augustine)），以及“如果你对别人耳语，他们一定会对你深信不疑。”（马克·吐温）（“Some people will believed any thing if you whisper it to them.” —Mark Twain）

你还可以引用圣经里的话，修订本（the Revised Standard）和金·詹姆斯版（King James Versions）都值得参考。但是一定要注意所用版本的一致性，也就是内容的文字索引。接着，如果你从没做过的话，花点时间看看圣经的《约伯记》（Job）、《箴言》（Proverbs）和《传道书》（Ecclesiastes）。

你可能会认为这会把我们变成“引用圣经的食古不化的律师”（“Bible-quoting backwoods layers”）。不全是。即使你认为自己正在成为那样的律师，但还要等上20年或者30年，当具体情况需要时，你可以去引用圣经，带一点小小的高尚。

注意：没有哪个法庭规则要求在开庭陈述和总结陈词中用脚注和引文。你可以引用你想引用的东西，不用说明出处——如果那样会使你更自信的话。怎样用你找到的资料就取决于你自己了。以下一些例子会让你了解如何用引文。

只要活着就有希望：活狗比死狮子要强。（For to him that is joined to all the living there is hope: for a living dog is better than a dead lion.）

——《传道书》9：4

有谁能找到好妻子：她远比珠宝珍贵。（A god wife, who is far more precious than jewels.）

——《圣经箴言》31：10

挖陷坑的，自己必掉在其中。辊石头的，石头必反辊在他身上。（Whoso diggth a pit shall therein: and he that rolleth a stone, it will return upon him.）

——《圣经箴言》26：27

愤怒是残酷的，而生气是骇人的，但是面对嫉妒谁能抵挡愤怒和生气呢？（Wrath is cruel, and anger is outrageous; but who is able to stand before envy?）

——圣经箴言 27：4

凡事都有定期，天下万事都有定时。（For everything there is a season , and a time for every matter under heaven.）

——《传道书》3：1

最后，在准备案件时就要寻找恰当的词语。正如马克·吐温（Mark Twain）所说：“好的即兴演讲也要花上三个星期写草稿。”

第74章 储备性词语

但是这个技工总是缺乏这个基本的工具，没有了它，他永远不能成就真正的杰作：他不知道建筑物各部分的名称，不知道名称，就不能在艺术上有所造诣。医生和律师，还有屠夫暗地里为他们的工作起了特定的名字，这并不是偶然的现象。用了正确的名字，人们可以进入一个熟练的新世界，成为奥术兄弟会（acrane brotherhood）的一员，分享他们的秘密，最终成为一个价值实现者。没有名字，技工还是笨手笨脚的工人，在造船工作中，也只是一名普通工匠而已。

詹姆斯·阿尔伯特·米切纳（James A. Michener）
切萨皮克（Chesapeake）

律师们擅长效仿。当我们遇到一个新问题时，第一反应是寻找先例的慰藉：找一本图形书，严格遵循某不知姓名的作者的做法及其形式。我们可能会问："这些初始的设计者靠什么秘方获得如此大的成就。"但是我们并不知道，从我们循第一次开创的路径开始，许多年过去了，这条路被持续的使用并被认可，它变成了指引我们前进的指向，我们甚至都不用思考方向和目的地。我们成为了模仿平凡之辈的行家。

詹姆斯·W·吉恩斯（James W. Jeans）
出庭辩护律师（Trial Advocacy）

你也是这样做的——在高度专业性的语言习惯和被麻木重复的毫无意义的行业术语之间不停地挣扎。本章的目的是：审视一些我们在办案子的过程中经常使用的短语。

这些短语在整个城市有着惊人的一致性，只有少数术语存在稍许地方性差异。很大程度上，这些短语就是我们法学教育的正规体制。它们不是在学校课程里学到的词语和短语，而是我们的专业语言，如果站在美国的法院体制之外，你每天都能听到它们。

这些短语已经渗透到了审判的所有方面：我们对陪审团说的话，在法庭上说的话，主询问和交叉询问时说的话。

对陪审团说的话

我的陈述不是证据

在开庭陈述的短时间内，好的律师至少希望做三件事：

1. 解释案情，好让法官和陪审团知道大致的情况。
2. 在不进行直白的评论的情况下，预先安排陪审团从他们的角度看证据。
3. 在事实裁决者面前树立起自己的可信性。

如果所做的事情没有实现以上任何一个目标，那么它就不是一场成功的开庭陈述。除非有合理的理由，任何有损于以上目标实现的因素都应该被排除。想想传统的陈词："我所说的都不是证据。"（Nothing I Say is evidence.）为什么人们这么说，甚至走得更远："先生们、女士们，你们在开庭陈述中听到的不是证据，而是律师的发言，旨在告诉你们我们期望的证据是什么。"（What you hear in the opening statement ，ladies and gentalmen，is not evidence，but rather lawyer's talk，designed to tell you what we expect the evidence will be.）

表面看来，这是一个律师的顾虑，律师不应该因为无意间误导了陪审团而感到内疚，但是事实上这个评论在许多州是标准的法官指示，律师根本不必说。

这种陈词的唯一一个好处就是：如果对方律师说："先生们、女士们，那就是完整的开庭陈述，但是有一个问题，就是其中没有一个字是证据。"这能保护你免受他的攻击，然而，不管你的"证据免责声明"（evidence disclaimer）会给你带来怎样的保护，代价仍是高昂的。使用免责声明会暗中破坏你的可信性；说出免责声明时，你实际上是在告诉事实裁判者不要重视你的陈词，你在这个过程中诋毁对方律师——已经被你攻击的律师。

不要以保护之名削弱你举证，通常情况下，积极地解决问题效果更佳。没有必要说"我的陈述不是证据"。只要在开庭陈述的同时解释说这是将要证明的，或者证据将要表明什么。

还要说一句。在 10 到 15 分钟的开庭陈述中，不必将"证据将表明"重复一到两遍（除非反对意见认为你说的是评论，而你对此作出回应）。如果你真想再说一遍的话，考虑以下方式：结束开庭陈述，转向法官，说："法官大人，以上就是被告的证明。"

我的陈述不是法律规定，法官大人将就法律规定作出指示

就像"我的陈词不是证据"，"我的陈述不是法律规定"（what I say is not the law.）这句话带有一种消极的含义。除了保护自己免遭对方的反对，有些律师在总结陈词中使用"法律免责声明"（law disclaimer），目的是防止嫉妒的法官打断他们的陈述。同样，这也是不必要的，具有消极作用的。

顺便提一下，在总结陈词中提及法官指示是个不错的主意。许多律师认为，从法官指示中挑选几个关键词或句子会导致陪审员想起他们在法官指示时听到的评论。是否会产生这种效果不是最重要的问题。提及法官指示至少有助于引导陪审团并让他们知道你的想法，那才是重要的。

但是，不管你出于何种目的提及法官指示，这并不要求你诋毁自己所说的话。向恺撒献贡品，并不要求你要将自己作为祭品奉上。

今天我们在此

是对"这个案子关于……"的正式表达，也是许多上诉律师和初审律师最喜欢用的开场白。这句话真正的、唯一的风险就在于它也是一句俗语的开头部分。如果我们以"今天我们在此"开头，其中一个听者可能会喃喃自语道："明天我们就走了"——即使你正在说着话呢。

这就是我们律师所称的开庭陈述

其他人也这么称呼，而且这个令人不悦的句子是不必要的屈就。它通常（但不一直是）与证据免责声明连用。



如果你说"我们律师称"，将大大堵住陪审团说话的机会，而且更是在主张无害免责。从另一方面来讲，法官已经告诉陪审团你将要作开庭陈述，又或者，假如面对的是有经验的审判组织，这句话只能阻碍你的工作。与其花大量时间解释你在做什么，不如告诉法庭案件的情况。

我的委托人

这个短语含有两层信息，而且两者相互渗透。第一层信息是你忘记了他的名字（也是我们为何使用这个短语的原因所在）。第二层信息就是你是拿了委托人的钱替他办事——毕竟这就是委托人，付账的人。

不要说"委托人"，用他的真名。如果你需要提到你们的关系，就说："我在这里代表"、"我代理"或者"我为了阿布尼先生的利益来到法庭"。

必须记住的是……

这是一组词的其中之一。一共有三句，其他两句分别是"必须注意的是……"，"不能忘记的是……"。

这些句子是法官写调查时才能用到的，几乎没有意义。这些句子像是程度加强型句子，但实际上是连接词，只有在作者认为上下句之间没有逻辑联系时才能派上用场。

我要声称；我们将主张；我们要辩驳

又是一个法律教育无意中产生的副产品。有两个缺点：第一，非常具有条件性。律师讲话中充斥的试探性用语是从法学院带过来的。学生们从老师们那里学来，老师们只是说他们将如何做，因为他们并不真正着手去做。但是操作法律时并不要求还要那样说话，搞的好像是你在解决假设问题。

第二，这些句子使用的词"声称"（太花哨），"辩驳"（削弱可信性——"我所说的不是真实的，只是一种辩论"）和"主张"（既花哨也削弱了可信性）。

如果我错误的陈述了证据，你要遵循你自己的记忆，不要管我

总结陈词的标准用语。

从我们目前所说的情况可以发现，这样说似乎有问题，对吗？不一定。

该措辞只是一套惯常用法中的一部分。错误陈述证据的结果是有害的。如果陪审团发现了并认为你是故意的，他们将把错误陈述当做严重的行为证据，你可能胜诉也有可能败诉。另外，如果陪审团认为错误陈述是无意的，这只会动摇陪审团对说这话的律师的一般可信度。

明白以上道理的律师想要确保陪审团理解以下事实：他们的错误陈述是无意为之，不要将矛头指向他的委托人。因此，这个句子通常与以下句子连用："如果我说的与你的记忆有所不同，请提出反对意见，不要质疑波特先生。"

意识到这种辩驳的价值之后，有想法的律师（如果他们打算用该措辞的话），会以不损害完整陈词的方法呈现出该措辞。

这是原告的出庭日

这句话旨在提醒陪审团，他们的裁决不能马虎。是在请求陪审团——特别是在个人伤害案中——现在就给予全额的赔偿，因为一旦他们没有被判决给予足够赔偿，之后原告就

不能再来法庭了。

有些原告律师认为这奇怪的“出庭日”阻碍了有效的表达。因此他们更愿意用以下这句话“这是原告获得正义的一次机会”。不管怎么表达，这就是原告一方的善意条款，它使得辩论有价值，想想下面这些句子：“不要给原告半杯正义”和“你的裁决将用一支无法擦掉的铅笔写成”，这些是传统上的用法。

这是我与你讨论证据的一次机会

不管是民事还是刑事案件，这都是总结陈词时律师最喜欢用的陈述方法。对于民事案件中的原告和刑事案件中的控方，最初原则（primacy）（第一次听到的通常更容易被接受为真实的）和近因原则（recency）（最后听到的更容易被记住）的心理作用具有极大的优势。这个短语旨在减少以上优势作用。通过促使陪审团站在辩方的立场评论案件总结了一套规则，这一短语就是其中之一：

我坐下来以后，蒙哥马利先生打算再与你谈一次。他有机会说一些事情，但是你不能回答——程序规定使然。但你知道的，答案总会出现。所以我想请你帮个忙。仔细听听他都说了什么，并且自己想一想，我将如何回答——如果有机会的话。

有疑问吗?

当然，如果你引导他们，他们会有疑问的。现在让我们先讨论一小会儿修辞性问题。

很多律师谴责修辞性问题，因为它们将邀请你的对手、听者或者两者一起对你进行打击性回应。

然而，有些律师知道如何有效地利用修辞性问题，他们的秘诀是什么呢?

修辞性问题能极好的引进事实性问题或者意见，以及无争议的结论性问题。当修辞性问题被用来引入更有争议的问题时，危险就降临了。

修辞性问题的价值就在于，它们邀请（并得到了）听者的参与。但是如果你还不能分辨适当的修辞性问题与不适当的修辞性问题，最好别用。

法庭礼节

希望法庭允许

法官和陪审团一样，他们希望律师遵守法庭秩序，该短语被广泛的理解为遵守法庭秩序。如果你感觉某个特定的法官有意阻止你全心全意的工作，你就将法庭想象成一个机构，而不是法官个人。事实上，如果你认为该短语适合你的话，庭审中只说一次：“希望尊敬的法庭允许。”

这两个短语并不意在说明你面对法庭时要曲意逢迎。有些律师习惯于将之运用太过了。他们说每一句话时总要重复一句“但愿法庭允许”。一般来说，只有在很少的场合下才说“但愿法庭允许”：陪审团遴选开始时，开庭陈述开始时，以及总结陈词开始时。其余时间，将法庭换成“法官大人”。

开庭时，直接对着法官席说“法官”，听起来很无礼。但是，在跟陪审团提及法官时（“之后，约翰森法官将就法律问题作指示”），用“法官”又是合适的。

“法庭”是个很有用的术语，特别是在向上诉法院陈述时。“法官大人”用作单数形式时没问题，但是用在复数形式就不合适了。“法官大人们”听起来很别扭，换作“法庭”通常会更好。

法官大人，原告已经准备好了

当开场者被问到是否准备好了时，他（或者她）忘了站出来。如果你所在的司法管辖区还没有这种习惯的话，无论如何你也要站出来。因为你的对手笨手笨脚没站出来，那你就获得优势了。

当法庭问律师是否准备好了，就好像是传统的结婚仪式上问的那种问题（是否有人知道这两个人不应该在神圣的婚姻中结合？）给出错误的答案会很令人沮丧。所以，如果你在庭审进行中有反对意见，一定要公开在法庭上提出问题，之前就将它记录下来，因为问题被提出来时，你的否定答案将是对已确立的事实的确认。

有少数律师喜欢声称他们已经“准备好了”。

一个顶尖的圣弗朗西斯科辩护律师又一次说道：“法官大人，被告人将证明他是无辜的。”学者会注意到，该陈述承担了证明无辜的责任。然而，说这话的律师指出，对于谁承担证明责任，他的话不会影响陪审团的判断，但是这句话的真正含义是：“伙计们，小心一点，我们已经做了很好的防卫。”这种话的问题就在于，法官的反应可能是，他（或者她）认为你是在利用形势之便要挟陪审团。

法官大人，我可以去法官席吗？

正确的说法。问题是，除非真的需要，否则不要说这句话。陪审员们很明白你的意思，你在说一些你不想让他们听到的话，但是他们讨厌你的做法。如果可以的话，在陪审团离席的时候与他们讨论这一问题，尤其是在开庭日之前或者之后。

法官大人，我可以走到证人身旁吗？

不走运的是，越来越多的法官认为他们应该控制律师在法庭中的行动，因此要求多使用该短语。

强势的法官在任职之前就具有真正的审判经验，他们不太喜欢严格要求你必须站在哪里，相反，如果有律师试图滥用在法庭里走来走去的权利，他们有信心自己能掌控秩序。

关键是，你要知道特定的法官对你走向证人席持何种态度，并如何回应。

反对，法官大人！

以下都是正确的做法“反对！”，“我反对！”或者“反对，法官大人”。说的时候要提升信心，这样能增加反对被支持的机会。

避免跨越性表达，如“我认为我将要反对”（告诉我们你何时反对呀！），“我将要反对”（很好，如果那样让你开心的话），或者“我必须反对”（当然不是，只要你喜欢，你可以放弃你的反对），如果没有提出反对就开始陈述你的理由，情况更糟，如，“我觉得那可能是传闻”。

提出反对意见时，记住面对法官席强调你的评论。好的法庭礼仪要求在行动之前经过法官许可，而不是突然地就提出对对方的反对意见。

提反对意见需要灵活性。如果得到的总是“反对有效”，那么反对者应该准备停顿一下。另外，一个概括性的反对被否决了以后，法庭记录中也不会保留错误。所以，如果法官驳回了你的反对，或者是要求或允许你陈述反对的理由，你要做好陈述详细理由的准备。如法官在你陈词时作出了对你有利的裁决，你要立刻停下来，以防你的陈词使得法官改变主意，作出对你不利的裁决。

我们可以通过预先调查程序质询证人吗?

预先调查（vior dire）是个有意思的术语。绝大多数律师都知道它是用来调查未来陪审员的。同样的术语也可以用于描述对证人的预先质询程序，为什么呢?

理由在于陪审员的宣誓，他们在宣誓中保证就资格问题诚实地回答提问。同样的宣誓也用于证人。因此，“预先调查”，在古老的法语中意思是“说实话”，被用于这两个程序中。

这就导致了一些混淆。在有些州，预先调查证人不是普遍的做法，如果提出要求的话，得到的只是司法的空白状。由此，你最好对这一术语作宽松解释，如果可以的话跟法官提出：“为了辅助反对，我要问证人几个问题。”

没有问题了

对于该短语，律师们给予了各种不同的强调，以试图向事实裁决者表达一些显著的事实。

英国人和加拿大人喜欢说：“你可以质询”或者“你可以询问”，以表明他们已经完成了提问。“你的证人”普遍适用于很多州，甚至是不那么优雅的“过掉证人”（仿佛证人是在黄油碟里）通常也能被理解。但是除了贝蒂摩尔之外，其他律师不大可能理解“与你一起的证人”。

好的交流技巧建议你，选择一个陪审团能够理解的短语。不管你做什么，都要说话。有时，一个律师为了达到显著的效果就在交叉询问到达制高点时停下，走回律师席，坐下来，一言不发。他这种高调戏剧性的时刻遭到了法官的抨击，法官问道：“温德尔先生，交叉询问结束了吗?”

“法官大人，结束了。”温德尔回答道。

“好，那么，说一下你有没有问题了。”

“法官大人，我没有问题了。”

律师和法官对于像沉默走到律师席这样的小把戏有点太吹毛求疵了。

原告没事了

出于礼貌，在结束你方举证时，你要告诉法庭和对方当事人。

除非有一个非同一般的地方规则，可能你不必保留传唤反证证人的权利。事实上，反证和重新开庭主要由初审法官自由裁量把握。从技术上来说，当出现没预想到的信息或者本来不可采的证据因被告的“开门原则”而引入的证据时，你可以提起反证。但是，当证据将成为你发言内容的累积性证据，或者是成为主张的一部分——你在结束举证之前知道该事实，法官可能拒绝你的反证申请。

也就是说，如果你在结束你的举证时“隐藏”（hedge）某些证据，结果是：可能丧失你之后的传唤反证证人的权利。

正当和精确

出示图画、地图或者图表等演示性证据时，这个短语是合理的基础。显然，这一短语并不是诸如草图或者绘画等未成形物证的合理根据，而只是用来辅助证人。然后问证人这是不是一个“有助于解释证言的足够精确的人体颅骨图”。

我请求书记官将这个证据标记为用以辨认的物证

适当处理物证要求，你知道所有的咒语并知道何时用它们。举个例子，技术上来讲，在要求将物证做标记的时候说话是不合适的。除非书记官弄错了，你应该让他决定用哪个号码和字母标记。

将物证标记完之后，你要让对方当事人看看，以免他向法庭申诉说你企图向他隐瞒什么。

下一步与第一步同样重要："我向你展示的笔记证据是用于辨认的辩方物证 C，你能说出这是什么吗？"

接着，奠定了合理的基础以后，说："我提出已标记用于辨认的辩方物证 C 作为证据。"同时将证据递给法官。最后，当物证被采纳以后，记得正式地申请法官是否允许将该证据出示给陪审团。

这是 2004 年 11 月 24 日的附誓陈述中的问题和答案吗？

在用附誓证言中的先前不一致陈述弹劾证人的最后，通常会说这种话。

有必要这样可怜兮兮的吗？不。实际上，最佳的方式是，在弹劾的最后，让陪审团听到的最后一件事实际上是与先前相违背的陈述。如果你将先前的书面证言展示给证人并向陪审团宣读，你可以这样结束提问："我宣读的对吗？"这样，证人不得不回答"对"。

假如你看看你的记录的话，将有助于你回忆起事实吗？

我们的习惯做法是，允许相互之间自由的唤回证人的记忆。但在适当的情形下，理解唤回记忆（refreshing recollection）（被认为只是稍微地推动记忆）与记录下来的过去记忆（past recollection recorded）（传闻例外的一种）之间的区别很重要。对于记录下来的过去记忆，必须是：

1. 书面的。
2. 在陈述或者临近陈述之时记录。
3. 由知道第一手消息的人记录。
4. 记录的人现在不记得当时的陈述。
5. 但是对于书写的准确性，记录人能担保正确。

《联邦证据规则》第 803（5）条规定，记录下来的过去记忆是一种传闻的例外。根据该规则，书面记录不必"在陈述或者临近陈述之时"——只要记录时仍然保留清楚的记忆即可。

删除掉

有些人称，你会看到鸡尾酒舞会上的律师，因为他们一张嘴就说"删除掉"。

越来越明显的趋势是，当你说"删除掉"时，没有任何东西被删除，法庭书记官只是会记录下"删除掉"这个词。一旦你了解了这一点，你更有可能放弃说"删除掉"，而是说一些听起来人性化的话语，如"我没说好，让我再来一次吧"。

第75章 冲击力（Impact）

沃伦·沃尔夫森法官（Judge Warren Wolfson）在芝加哥的一个国际机构里和一群学生讨论出庭辩护。“在法庭审判中，”沃尔夫森说，“大多数律师都将他们的宪法权利行使的很无趣。”

不幸的是，这种情况无一例外。连接所有律师的一个普遍纽带就是法学教育——3年的时间沉浸在法律语言中，这种语言教会我们在几乎所有情况下都剥离人性化一面，以一种疏远的、无感情的术语说话。

法律语言教我们将诸如原告或者被告这样的人说成是程序实体，而不直接叫他们的名字。法律语言培训我们将事实埋没在一大堆的细枝末节中。法律还使我们习惯于用奇怪的词语和短语进行强调，而只有法官和其他律师能听懂这些奇怪的词语或短语。法律语言将高度戏剧性的事实变成了疏远的抽象物。

法律语言不是说服语言。出庭律师要会双语，他们不仅要会说一般语言，还要会法律语言。这点我之前强调过吗？这一点仍然是实实在在的。

为了制造冲击性，你要做的还不止是回过头来说一般语言。制造冲击性意味着呈现事实以产生情感的和智识上的影响。

可以使用词语和图片，语速和语调，证据和评论来达到以上所说的冲击效果。

这并不是欺骗性的表演——将一些事实夸大以使其看起来脱离本来的面目。冲击性就是使生活回归本来的样子，以吸引注意力。制造冲击性就是唤回记忆。

你会说，很好。对于天生有才或者能倾覆布拉尼城堡（Blarney Castle），亲吻魔法宝石的人来说，没有任何问题。可是对于我？不行。我只是个普通的律师，我不具备这种才能。

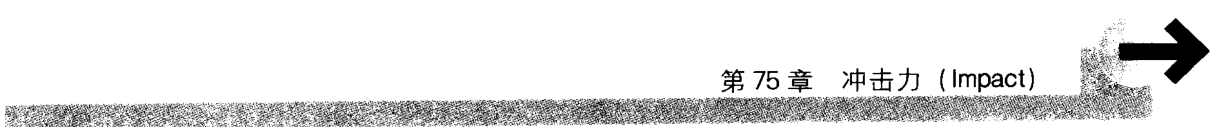
你错了。不必拥有能让人们尖叫的说服才能。以下一些原则将有助于你制造正确的冲击效果。除非你真的想把宪法权利行使得很无趣，这些原则还是值得一用的。

先从你的语调开始。有些律师似乎认为法庭就是一个被精神病学家称为“情感匮乏”的地方——不带任何情感的语调和态度。所以，有些律师在法庭上，尤其是在主询问和交叉询问时，通常具有很强的表达能力或者能带来让法官耳目一新的感觉，但是他们说话的声音没有任何感情色彩。

那就犯了一个严重的错误。当然，当你的证人令你失望或者对方在主询问中出奇制胜时，你不想表现出受伤和难过的情绪，雪上加霜毫无意义。然而，主询问和交叉询问是你得知法官和陪审团想法的好时机——不要在他们面前掩盖情感。

有些非语言性交流方面的专家说明，超过60%的交流不是通过语言本身进行的。很多交流依赖于你的语调。

俄亥俄州克利夫兰的艾瑞克·肯尼迪（Eric Kennedy），称非语言的交流为“与狗说



话”（talk to dog）。肯尼迪说，狗听不懂你的话，一些命令除外。但是它们能理解你的语调，指着它然后大声呵斥道“好狗!”你能看到它畏缩并灰溜溜地走开，确定它因为犯了一些可原谅的错误而遭到了训斥。然后，反过来做，伸出你的手，声音中充满爱心：“坏狗，你怎么那么臭，你真是一个污秽的野狗，是吗?”你能看到它摇着尾巴，舔你的手。

肯尼迪的观点很重要。除非你在主询问和交叉询问中“与狗说话”，你在提问时就放弃了二分之一的冲击性。

接下来看看词语本身。每个案件都有它自己的词汇——整个庭审过程中用到的关键词。有些是你要挑选的词，要注意它们的效果。

不要祈望等到庭审开始时，有力的词语会突然蹦进法庭。那是办公软件的工作，或者更好一点，是图书馆的工作。使用你电脑里的百科全书或者查词工具，查找有助于解释难词的术语，查询能够生动表达以及给人以鲜明记忆的词语。

要一次性写下这些词语的时候，不要过于苛求，只要写满了就行。

但是接下来就是真实性问题了。圈出那些泛泛而谈的、那些夸张的和那些弱势和抽象的词语。

要特别注意调节词——形容词和副词，你应该首先将它们从列表中删除。在名词和动词中加入更多的信任（faith）——因为名词和动词听起来不太像是做作的和过激的。

将修改过的词汇表放在庭审笔记的前面，准备开庭陈述和总结陈词，以及主询问和交叉询问时，你要参考词汇表。

下面是文字描述的图景（word pictures）——使事情变得生动的口头快照（verbal snapshot）。在以下情况中，个人伤害案中的原告具有一个优势。当头部受击导致脑部水肿，从而使得头盖骨底部的脑干挤压，这一描述是相当鲜明的，给人不舒服的感觉，它产生的冲击力可能比你想象的要大。

但是关于合同案、财产案以及商事案件呢？这几种案件特别重要，但是，它们产生不了有冲击力的语言，是吗？

如果你这么快就下论断，它们是无法产生冲击力的语言。

在一起经济纠纷中，文字战有时是最好的方法。说“炮击”太过了，但是说“偷袭”对于数百万记得珍珠港事件的美国人来说（尽管他们当时还是婴儿），又不免有背弃他们的意思。

在一起涉及合同的复杂案件中，信任和尊敬的语言能使所有事情尘埃落定。例如，在佩恩兹奥尔案（*Pennzoil v. Texaco*）中，乔·贾梅尔认为：“你的话就是你的承诺。”

避免用以下词语刻画事实，如“极坏的”、“过分的”、“威压的”、“棘手的”、“驳斥的”、“明显的”、“不让步的”或者“无效的”。即使你言词达意，也没人理解。

使用头韵时要谨慎。一个短语中如果每个打头字母发音相同，会产生听力冲击。它能让人记忆深刻，但其实有时它是错误的发音。是的，“双重危险启动器”（doubly dangerous driver）开始出现。问题是，它听起来矫揉造作，有失恰当。

有些短语虽然用腻了，但是其背后的观点可能仍不失力量。若是你在挖掘一下那些被广泛使用的词语，有时你会发现有值得你重用的冲击性短语。其理念就是，再使用这些老生常谈的短语让它们听起来不那么腻味。比如，“我是夜里出生的，但是不是昨天夜里。”有时仅仅一个常用说法的暗示就能产生以上作用：“杰克森先生很乐意把那条狗丢在一边，因为它爱睡觉。”

有些短语真的很陈旧了，现在听来很古怪——因此被人们记住。这些短语甚至可以将新短语和老短语结合起来，如：“法斯卡先生已经证明的一件事是，光会说话没用，正如

我的祖父常说的‘花言巧语不济事’。”

冲击性词语的另一个来源是早期的美国智慧文学，如本杰明·富兰克林的《穷汉查理的历书》（Benjamin Franklin，*Poor Richard's Almanac*）（“我有了一只羊和一头牛，所有人都认为我的未来一片光明”）（“Now that I have a sheep and cow，everyone bids me good morrow”）或者，《麦加菲之读者文摘》（*McGuffey's Reader*）（“只说话不行动的人就像是长满荒草的花园”）（“A man of words and not of deeds is like a garden full of weeds”）。

声音不是产生印象的唯一方式。演示性证据冲击力很强是因为它通过不一样的途径进入人的大脑。由于我们同时通过看和听来了解证据，因此这些证据具有了两种交流方式的优势，所以更容易保留在记忆里。

照片、视频，电脑重现、黑板、投影仪——所有这些都具有各自独特的优势，也因此在庭审中获得了广泛的应用。实际上，有些律师用演示性证据将庭审弄得混乱复杂，以至于分散注意力，使人感到迷惑，没有任何帮助作用。

那么，如何呈现复杂的经济和数据证据呢？没有最好的答案。但是就现行有效的照片和图片的效果来看，看看每一版《今日美国》（*USA Today*）的头条就知道了。

如果产生冲击的目的是给人留下印象，那么真正的律师从不会忘记听众是谁。是法官还是陪审团？他们各自有什么特殊的问题？该如何向他们陈述呢？你要选择什么样的词语才能使法官更加坚定地违背大众的意见作出决定。

克拉伦斯·达罗（Clarence Darrow）为立奥波德和罗卜辩护，来听一听他的总结陈词：

他们为什么杀害被害人？

不是为了钱，也不是为了报复和仇恨。

他们杀小博比·弗兰克斯就像杀死一只蜘蛛或者苍蝇，为了体验。

时事造就了他们，他们注定要杀死小博比。

因为在造就这个男孩或者男人这一无限过程中的某一时点，一些东西滑落了，而这些不幸的小男孩就在那里，被憎恨、被鄙视、被排斥，整个地区的人为他们的鲜血而叫嚣。

法官大人——当公众开始关切这一事件并要求惩罚杀人犯时，不管所犯何罪，是轻是重，他们想到的惩罚只有一种，那就是死刑。法官大人，我们没有人会不在意公众的反应。我在这里已经三个月了，就像一个人在海里，努力地想游回岸边。我希望海下沉，风坠落，而且我相信这都是真的，但是我不想对法庭说错误的托词。最简单也是最广为接受的做法就是绞死迪基·罗卜和巴比·立奥波德。没有这种想法的人会拍手叫好，残忍、冷血的人会支持。但是越来越多的父亲和母亲们则是抱以理解的心情，而且他们想到的不仅是这两个男孩，还有他们自己的孩子——对于绞死我的委托人，他们不会欢呼雀跃。他们将要求停止这场流血的悲剧。

大卫·W·林特尔斯、克拉伦斯·达罗：《一个人的战斗》（David W. Rintels，Clarence Darrow，a *One Man Play*（1975））。

以上是达罗最后一次代理的出彩案件，他的总结陈词至今仍广为流传。立奥波德和罗卜最后没有被判死刑，而是获得了终身监禁刑。

第76章 打破魔法咒语

这种事情不常发生，但是一旦发生，所有人都知道。

在俄亥俄州克利夫兰的庭审中，吉姆·吉恩斯和麦克·施密特最后一次陷入辩论的僵局时，就出现了这种事情。那只是个假设的案件，一个“摩托车手”最后被截肢，就是因为一个性情暴躁的财产所有者用一根大树枝堵住了路，“摩托车手”发现时已经太迟了。但是来自密西西比州堪萨斯城的詹姆士·W·琼斯与来自得克萨斯州达拉斯市的C·L·麦克·施密特以前已经就此相互争论过，彼此都想胜过对方。使得该案件已经变得很真实。

这济济一堂的人——一百多个出庭律师聚集在一起，参加一个关于开庭陈述和总结陈词的培训项目——都明白他们正在看一场特殊的表演。

是演示性的总结陈词，一百多个律师充当陪审团，吉姆·吉恩斯给了原告一个虚构的名称——摩托车手——你可以真真切切地触摸到和感觉到。假如你也来看这场演示的话，你可能会说这种感觉如此强烈，你都可以用刀来割。但你错了，因为打破魔法咒语没那么容易。

当然，其他人肯定不能以这种方式制造魔法咒语。吉恩斯以责任开始，而且他的方法很缓和。他舍弃了所有惯常的程式，如感谢陪审团的耐心听证，并且努力以他们匡扶正义的能力吸引陪审团的注意。但是吉恩斯也没从讨论案件事实开始。相反，他使用了一个类比来解释被告人的行为是多么的不人道、不可辩护。

实际上，在截肢案中，吉姆·吉恩斯以讲述一个他几年前看过的电视节目来开始他的总结陈词——讲述雄性海象的交配习性的节目：动物王国（Animal Kingdom）。

内容很引人入胜。吉恩斯解释海象是如何挑选群体的领导者——不是通过武力争斗，只是通过交流。敌对雄海象们彼此相互摇头示威，吼叫、作出威胁性的姿势，但是从不真正攻击对方。

这个开场白似乎和摩托车、虚构的邻居和失去下半身的年轻人无关，但是就是这一两分钟的时间，让陪审团看到了被告人——一个好斗的保护其草皮的所有者——还不如一个处在发情期的野生雄性动物，它们至少还采取文明的方式。吉恩斯继续着他的类比。被告人不满足于发出威胁性姿势，他还是一个实际践行者，采取行动达到想要的结果……

周围充满了魔法的气氛，这一百多个律师知道是怎么回事。

麦克·施密特也知道，他代表被告人站了起来，回应吉恩斯的陈词。

施密特感谢了法官，对陪审团他一言未发，直接从自己的桌子走到黑板前，弯下腰，好像是在黑板的下方做运算。

然后他转过头，从侧面瞥了一眼吉恩斯。他用一种近乎耳语的声音对吉恩斯说：“你说的是哪种海象？”

“雄性海象。”吉恩斯说道。

施密特站直了，边说边用巨大的字母在黑板的上方写到：“没错，雄性。现在我们来谈谈这个案子中的证据。”

施密特已经打破了魔法咒语。如果你有机会与有经验的出庭律师谈及此事，他们会说教会每个人像施密特那样做是不可能的。他们认为，打破魔法咒语——就像一开始制造魔法咒语一样——是一种艺术。

可能吧。

但是假如你继续与这些有经验的律师交谈，你会发现有些想法还是值得一听的——如果你曾经试图在法庭打破魔法咒语的话。

真正的魔法咒语很少见

十个庭审中不到一个——可能 100 个中不到一个——但是就是这哪怕一刻的魔法，也应该引起你的注意。未病先用药是错误的做法。纽约的乔·安·哈里斯的说法更直接：不要夸大伪货（Don't dignify schlock）。

该准则有一个推论，你要记住：不要起而攻之，如果看起来很容易攻击，如果形势非常诱人，你要小心。可能这些都只在引诱你暴露策略。

不要踢翻椅子

假如魔法咒语是真的，你会觉得必须做些什么。不要着急，静待时机的到来。一些微不足道的突发事件，如掉下一本书、踢翻一个椅子、压皱笔记本或者踩到眼镜，这些事情突然涌向你，挺住。否则，你将暴露策略（直接地、间接地或者通过你自己的行为），而这种代价远大于你的不为所动。

该准则特别重要，因为真正的咒语少之又少。即便有也是它们自己冒出来的。得克萨斯大学的麦克·泰格说了一个枪支买卖案，该案发生在几年前，由纽约布莱伊恩特法官的法庭审判。在总结陈词时，被告人说指控只是一个“空口无凭的案子”（paper case)。辩方律师试图制造魔法咒语。他一份接一份地拿起文件，将它们举在头顶上，一边大声说着修辞性的问题：“这证明了什么？”最后，为使陪审团下决定，辩方律师拿起所有的文件大声问道：“所有这些最终证明了什么？”

第 5 号陪审员大声回答了辩方律师的问题：“不合法的枪支交易。”（布莱伊恩特法官驳回了辩方无效审判的动议，理由是，如果你不想要答案，就别提问。）

打破魔法咒语或者离他远点

该准则还有另一种表述：“如果你不能打败他们，就别惹他们。”

没有什么比失败的攻击更能加强一个案件（strengthens a case）了。失败的攻击随处可见。有时你能看见律师胸无底气地恳求陪审团不要“因为善辩就投赞成票”。另外一些律师则坚持认为，在交叉询问中，若没有得到“让陪审团知道我还在案子里”的可能性，问几个问题是个好主意。

假如你真的能打破魔法咒语，那么就行动吧。如若不然，你最好别碰它。该准则的其他形式想必你也听过：“那是他的问题，不关我的事。”或者“他还是以他自己的基础攻击

为好，别以他人的基础攻击。”

不要挖苦对方

印度有句老话：“挖苦讽刺是制胜的最后武器。”（Sarcasm is the last weapon of the defeated wit.）这句话说得很对，挖苦——真正恶毒的挖苦——很少被用来应付庭审中的问题。特别是当你的对手制造了一种咒语的时候。

但假如上面所说为真，为什么挖苦在某些律师群体中备受推崇呢？因为，他们缺乏安全感，他们认为当他们的脑子里一片空白时必须找话说。

使用证据和常识

有时候，和施密特一样，你能找到戳破对方泡沫的最好武器。你甚至能在审前发现这些武器。这里有一个好例子，是西得克萨斯州出庭律师的经历，他当时在交叉询问一名精神疾病专家，该专家对原告的精神疾病进行了戏剧性的评估，陪审团已经被他折服了。交叉质证者，也就是这名律师，不打算以假设被告方证言全都有科学依据而强化己方的证言。交叉询问是这样开始的：

问：不好意思，但是在开始之前，你能告诉我一件事吗？

答：什么？

问：你是一个精神疾病专家，是吗？

答：对。

问：告诉我，你对某件事报以完全的信任吗？

但是假设你没有那样的武器来戳破对方的泡沫。你该怎么处理呢？

无论何时，你总能求助于以下两个方法：证据和常识（为了你的案件着想，即使他们不同，也可以相互支持）。一个引导性技巧就是停顿。该技巧在开庭陈述和总结陈词中最好用，如果你小心点的话，交叉询问证人时也可以用。当然，在评论中，你想停顿多长时间都可以，只要你看起来知道你在做什么。而且停顿还是引入新话题的绝佳方式。如果你仔细想一想，施密特用来对付吉恩斯的评论的技巧中，有一半是长时间的停顿。

让类比产生反作用

一个适宜的类比很有说服力，几乎没有任何其他辩论方法能与之相媲美。另外，没有任何反证能与反利用一个类比以反对最初使用它的人来的有效。如果你真的花心思了，所有类比都可以被反利用。是否值得花费心思和时间，就看你以及你的案件了。

回答要合时宜

人们经常忘记这个准则。因为律师们都相信所谓的“学院式答案”（school answer）——即这样一种观点：无论任何情况，总有一个解决问题的正确答案。

并不尽然。对于一起个人伤害案的原告方那扣人心弦的开庭陈述，与一起反垄断案对关键专家证人的猛烈抨击，你的反应将大有不同。

但是，你可以将这个观点再深挖掘一下，合时宜最后的结果一般就是某些律师所说的无法言传身教的艺术。圣弗朗西斯科的约翰·伯吉斯（John Burgess）有一个例子，那还是他在佛蒙特州执业的时候。

那是在20年前的佛蒙特州奥尔良市，前州长李·埃默森（Lee Emerson）当时在办理一起土地征收案，其对手是佛蒙特的一个年轻律师，他们有自己的土地评估专家，年轻律师有最合格的评估师。他是个优秀的专家，有执照、证书以及学历。而且，年轻律师很会审时度势，埃默森的专家只是个自学成才的零售商，他做房地产只是兼职，而且他的执业资格也不是光明正大的，只能暗地里做些交易。

在总结陈词时，年轻律师在两个专家的天壤之别上大做文章。他大书特书零售商未接受正规的教育，没有达到一定的级别。最后大家一目了然，零售商（就他在该领域接受的教育而言）完全是自学成才。而这正与他自己的专家形成鲜明对比，后者具有卓越的资格。

当埃默森站起来反驳时，他需要的是一些合时宜的东西。他停顿了一下，拿出他的手表，看了看陪审团，又看了一眼年轻律师，开口说道："嗯，你最终让我相信，我们绝不应该选举阿贝·林肯（Abe Lincoln）当总统的。"然后埃默森坐了下来，没说一句话。

可能你认为别人能做到，而你不能。失败主义不是赢案件的方法。但是，你必须掌握一些适合你以及你的风格的方法。实际上，规则之间没有好坏高低之分不用多做解释了，你要做的可以用一句话总结：

不是你的，不要碰。

第77章 要给人留下印象(Making Memories)

好的辩护术就是好的教学。任何人，想要说服别人必须从教人开始，而想要教别人又要学会怎样使他的“课”——事实、解释以及评论——可理解。假如有人想让他的课对决定的作出有持续的影响力，他必须让他的“课”被人们记住。

中西部最近审判的一起个人伤害案提供了一个很好的例证。原告承认他的手受过伤，但是他声称被告造成的伤害废了他的手。被告方认为原告夸大了伤害的程度。我们来听听辩方的医生是如何解释这一情形的：

问：医生，你能从我们的角度来陈述事实吗？

答：你什么意思？

问：是这样的，您能从您的专业角度来评价一下，这最近一次的伤害对原告来说意味着什么吗？

答：这次受伤就像是暴风雨中的一个雨滴。

形容得准确吗？不准确。

有说服力吗？算不上。

令人记忆深刻吗？当然。总结陈词时，陪审团又一次听到了同样的表述：

“韦尔施医生说这个手伤是‘暴风雨中的雨滴’，那么现在原告的律师跟你说那是一颗价值65万美元的雨滴。”

难的是让人记住——恰当的记忆，让法官和陪审团从你的角度看到重要的疑问。让人记住这项工作要从案件理论——事实、法律以及将一切结合起来的立论立场的混合物——开始。但是，假设这些条件都已具备，那么我们可以把注意力集中在如何使重要的观点起作用。以开庭陈述为例。你怎么开始陈述呢？你是解释过程呢，还是陈述案件事实？想想让人记住的话，就容易决定该做什么了。你的开庭陈述以夺取注意力开始：

开始开庭陈述有很多条途径。比如，假设你代理一起个人伤害案。该案中，家具工的拇指和两个手指卷进了带锯中，你的主张是，带锯缺乏适当的防止伤害的安全保证，即使你想把开庭陈述的重点放在被告的责任上，还是可以用你的第一句话为损害埋下伏笔：“先生们，女士们，这起案件牵涉一个年轻家具工的手。”

铺垫是开始陈述的有力方式，它制造了一种悬念。因为所有人对接下来的事情心中已有所感觉了，他们急于知道究竟是什么事。这种关切形成了开庭陈述中记忆的核心。

吸引陪审团的注意力还有其他方法。有时是一个惊人的想法，处理得当的话，能正中要点：“这是一起飞行冷冻机的案件。”或者作为突出案件主题的一个独特解释：“你们都知道的，‘人咬狗’本是很有意思的报纸头版标题。我们走上审判席是因为人又一次被狗咬了。只是这次是自行车撞了汽车。”

有些时候，观点不如短语来的印象深刻。违背承诺和违反合同已是司空见惯，但是它们正是打官司的主题。虽然对于原告来说，违背承诺是合同案中的很好主题，但是它不如

诗人罗伯特・W・瑟维斯（Robert W. Service）的一句话来的印象深刻："许下的诺言，欠下的债。"（A promise is a debt unpaid.）

引言效果如何呢？如果你觉得引言不太适合你的风格，那可能是因为你运用得不够多，不只是适合不适合的问题。但也不一定。假如你真的很努力地尝试用引言，但仍没什么好效果的话，最好还是别用了。就像一套不合体的衣服，没有什么比引用一个让人不舒服的引言更能制造坏印象了。

以下许多方法能够让你在案件一开始就能吸引陪审团的眼球。其中最好的方法就是生动地描述发生的事实：

12月12日，唐纳德・尼恩迎来了他的第一位飞行乘客。他两天前刚拿到飞行驾照。他叫了他的朋友马戈・塞缪尔，塞缪尔答应在市政机场为他送行。跟往常一样，尼恩驾驶的是一个小型、双座的飞机——塞斯纳152——他从弗利斯特航空公司租来的。还是一如平常，在坐上飞机，起飞之前，他做了一个飞行前检查，但是这一次有所不同。这次，尼恩看见从发动机罩上面挂下来一根线。尼恩不知道那根线是什么，但是他清楚它不应该挂在飞机外面。所以在马戈到达之前他做了一些处理，他将线放回了引擎格子里，谁也不会注意到那个引擎格。

该文字描述将留下恰当的印象，因为陪审员们的思绪已经提前进入了撞机事故，尽管还没讲到唐纳德和马戈登机起飞。

在开庭陈述中，一个有助于留下恰当印象的方法是，在黑板上写下关键词。比如，你代理一位年轻的母亲，她对青霉素过敏，而一个医师开错了药，差点要了她的命。你在黑板上写下这几个字：

危险

信任

关心

写完后你转向陪审团说道："这是一起关乎危险、信任和关心的案件。"这样的话，陪审团就能在同一时间看到并听到案件的主题。

再来看看主询问，首先要提一个醒。你想让你的证人进行生动的语言描述以让事实更加逼真。但是要注意。如果词语和句子听起来是精心挑选过的，陪审团会断定，这些证言出自律师而不是证人。如果偶尔使用的句子如"暴风雨中的雨滴"是出自专家之口，那就不一样了。专家是专业的解释者。他们本应该事前考虑了案情，本应让事实可理解。只要做的不过分，一个适合的类比或者一次惊人之语对于专家是必要的。

接受主询问的普通证人需要掌握更多微妙的技巧。语言的组织和语速就是很好的例证。将你想突出的点放在开始和结尾处。陈述完重要的事实后，要稍作停顿，好让陪审团消化吸收。如果证人说出了你想强调的点，你要在下一个问题中将该点囊括进来：

答：另一辆车横冲直撞。

问：那辆横冲直撞的车当时的车速是多少？

答：至少有50英里/小时——可能更快。

问：那辆横冲直撞的车什么牌子。

答：一辆银黑色的丰田。

另一个留下恰当记忆的好机会是交叉询问时。方法之一就是重复用同一个句子问一系列的问题。

梅内克恩案（*BMI v. Minicon*）是全美出庭辩护研究会（National Institute for Trial



Advocacy）的一个案子，大家都听说过它。梅内克恩买的一些电脑零部件在配送过程中丢失了，销售商 BMI 想让买家梅内克恩赔偿丢失的部件。而梅内克恩则认为，BMI 公司应该为货运投保，他们的主张是合同没规定梅内克恩公司要为丢失的货物付款。梅内克恩的一个观点是 BMI 的销售经理自己出去谋取晋升，将该问题的细节交给秘书处理，因此产生了疑惑。当交叉询问者反复用同一句简单的话提问时，你感受到了其冲击力，这句话就是："但是你当时不在。"

问：当梅内克恩第二次对 BMI 下订单时，情形有所改变，是吗？
答：什么意思？
问：1 月 5 号他们打电话给你了？
答：是的。
问：但是你没在。
答：对，我不在的时候他打电话来了。
问：你的秘书处理的，是吗？
答：对。
问：他们之后给你补发了一封信函，是吗？
答：是的。
问：地址写的是你的？
答：是的。
问：1 月 12 号，这封信送到你的办公室？
答：是的。
问：但是你不在办公室？
答：不在。
问：所以又是你的秘书处理了订单？
答：没错。
问：现在你知道了信的内容，上面说"按照我们的通常做法"下订单？
答：是的。
问：但是填订单时你不在公司？
答：不在。
问：那么，你没有核查"通常做法"是否包含保险，是吗？
答：没有核查。
问：那没有给货运投保，是吗？
答：没有投保。

像"但是你当时不在？"这样的句子，你能使用多少次呢？好问题。这很大程度上取决于你以及该证人给陪审团留下的印象。如果看上去证人在推卸责任，那么每一次他们被打断，陪审团没有意见。相反，如果他们认为你表现的粗鲁、过分，那么每问一次"但是你当时不在？"，你都会付出相应的代价。记住，交叉询问不等于"愤怒地"质询，没有必要为了用这个句子而用。

总结陈词是让陪审团记住的最好时机之一。

- 发现树桩上的乌龟，并清楚它不会自己跑上来。这个简单的故事能使间接证据变得鲜活。
- 抓住书记员记录的证言中的一个中心点，在泡沫板上将之放大并固定，让陪审团看

到内容。

- 对于辩方律师来说，要解释被告人的眼镜为什么会落在受害人的房间里，与其长篇累牍地论证被告人有不在场证据，不如承认那是一个无伤大雅的小瑕疵，后者更有力。

你需要花时间在总结陈词时拓展辩论，也确实值得你花时间。以说谎为例。有一个古老的智慧：避免指控证人说谎。陪审团不愿相信对故意说谎的指控，如果他们觉得你夸大了形势，就会对你产生不好的印象。但是如果说不说证人说谎是个辩论准则的话，那有时也可推翻这一准则，关于说谎，有一些令人印象深刻的辩论。

这是佛罗里达州萨拉索塔市彼得・德・马尼奥办过的一个案子。其中，对方当事人只能被解释为经常性欺骗，德・马尼奥决定在总结陈词中将“说谎癖”这个词作为本案的主题。你会说，等一下，这个词能让陪审团记住吗？德・马尼奥读了田纳西・威廉姆斯的电影《真实与谎言》（Tennessee Williams's *Cat on a Hot Tin Roof* ）中的一段。第二幕中布瑞克和老爸有这样一段对话：

布瑞克：你听过“说谎癖”这个词吗？

老爸：当然听过。说谎癖这个词是其中一个“五美元词语”，政客们通常将这个廉价的词语在彼此之间扔来扔去。

布瑞克：你知道这个词是什么意思吗？

老爸：意思是说谎和说谎者，不是吗？

布瑞克：对，先生，就是说谎和说谎者的意思。

下面这句话只是老爸台词的前奏：“你没有闻到屋子里有一股强烈的、讨厌的说谎癖的气味吗？”

德・马尼奥合上书，对陪审团说：“现在你们也闻到了。”

加利福尼亚中心地区的联邦巡回区首席大法官曼纽尔・L・里尔讲述了田纳西州纳什维尔市的詹姆斯・F・尼尔是如何攻击名为文德尔・帕森斯（不是真名）的证人的证言。尼尔说：

我的父亲给我讲过摩西十诫（Moses and Ten Commandments）的故事。摩西爬到山顶与神对话，下来的时候得到了两块石头做的法板，那就是人类的律法，第九诫（the Ninth Commandment）是这么说的：“你不得作伪证陷害别人。”（Thou shalt not bear false witness against thy neighbor.）但是，看起来文德尔・帕森斯好像不知道有这一戒律。

以上都是有力的辩论词，对此我还要最后告诫一条。你必须很好地证明你说的每件事、提出的每个观点、制造的每个印象。如若不然，留在陪审团脑子里的就是你空洞、无意义的说辞。



总结陈词

第78章 总结陈词的法律规则

说出总结陈词的基本规则很容易：

- 不要将事实和法律陈述错了。
- 不要辩论和评论不可采的事实。
- 不要让诉因掺杂着你个人对司法的态度。
- 不要以你的个人名义支持任何证人的可信性。
- 不要因一时的激情或者偏见而上诉。
- 不要竭力主张无关的证据。

以上就是总结陈词的规则，简洁明了。作为成文法原则，为了保住职位而遵守很是容易。但是，在激烈的论辩当中适用它们就困难了。看似简单的主张可能突然就变成陷阱，一不小心就可能遭到来自对方的反对、法官的训斥、陪审团指示、无效审判甚至是面对司法无情时的爱莫能助。

在谈及上述陷阱之前，应该首先讲讲辩论的权利和正常的程序规则。

你认为辩论的权利是对抗制制度的题中应有之义——确实是，但是加诸了很多的限制。征税的权力就是毁灭的权力，与此相似，对辩论时间进行限制的权力就是要将它们消除的权力。结果是，虽然初审法官可以非常自由地决定给予多少辩论时间，但是法官们关于辩论时间的决定要受到审查，以确定没有滥用自由裁量权力。一般认为，应该给予双方当事人充足的时间，以保证他们能充分、合理地陈述和辩论。(*Pirrung v. T. N. O. R. Co.*, 350 S. W. 2d 50 (Tex. Civ. App. 1961).)

既然谈到了辩论的权利，你们一定会问究竟什么是辩论。法律人的思维会认为，辩论权就是拥有进行任何陈述和辩论的权利——仅此而已，不能越雷池半步。

思考下面的例子：

首先，阅读文本上的法律——对象是陪审团——是适当的总结陈词吗？案件陷入了僵局。律师指示陪审团在裁决案件时应遵守什么法律规则，这侵犯了法官的权力领域，但这是必要的。持这种意见的人觉得，律师讨论法官指示的内容，并在应用事实时讨论指示，这些都没有问题，但是他们区分实际中存在的引用案例法。(*Wallace v. Pere Marqutte Fiberglass Boat Co.*, 2 Mich. App. 605, 141N. W. 2d 383 (1966).)

还有一种方法可以引用文本上的法律。司法裁决并不是纯粹的按照法律行事，通常还涵盖了社会评价和民间俗语，而这些民间俗语用于事实陈述是适当的。虽然某个法官有理由禁止一个律师鼓捣陪审团不遵守指示，但并不是每个案例引用都是对法官权力的正面攻击。结果是，有些法院允许律师引用已决案例，前提是其目的旨在辅助事实陈述。

因此，有些案例引言大受欢迎，如道格拉斯大法官（Justice Douglas）在维克森诉麦卡锡案（*Wilkerson v. McCarthy*, 336 U. S. 53, 68 (1949)）中的名言：“制定《联邦雇主

责任法》(the federal Employers Liability Act) 的目的旨在让铁路工业赔偿在操作过程中失去的腿、眼睛、胳膊和生命。"

恰当的做法是，告诉法官你打算向陪审团阅读一个案例引言。向法官解释，你只是利用了它们的字面意义和事实说服力，而不是在评论应然的法律。

其次，向陪审团读部分文本，结果怎么样呢？几乎所有州都允许这种做法。正如汤姆森·辛格 (Thomas Singer) 在《作为演示性证据的证言》(*Testimony as Demonstrative Evidence*, 3 LITIGATION, NO. 4, AT 19 (SUMMER 1977)) 中指出的：包含重要证言的部分文本可以作为总结陈词中的物证。其技巧就是，将要用到的那一页提前准备好——连同书记官的宣誓证明书 (reporter's jurist) ——然后用一个图片或者视频放大器突出陪审团刚才在听审中听到的关键证言。

再次，大多数司法管辖区都允许律师使用图表、图纸或黑板。在评论事实时画图——尽管这些画出来或者写出来的东西不可能被采纳为证据。其背后的理念在于，口头交流不是唯一的交流方式，也没有人会被误导地认为律师的黑板陈述就是证据。然而，如果对方使用图表或者图纸来误导陪审团认为那就是证据，你最好提出反对。

接下来是总结陈词的顺序问题。实际上，几乎每个州都一致地认为，负有证明责任的一方当事人"享有开始和结束的权利"(has the right to open and close)，唯一的分歧（你已经猜到了）就出现于如何理解这句话。

在大多数州，"开始和结束"应用于审判的各个阶段。它的意思是，承担证明责任的一方当事人首次作开庭陈述，先提出证据，先对事实作出评论，并且在案件的最后阶段提出反驳意见。

纽约和马萨诸塞州的做法则有所不同。在他们那里，"开始"的权利就是进行开庭陈述，而"结束"的权利是作最终的总结陈词。由此，这两个州认为另一方当事人——通常是被告方——进行第二次的开庭陈述和首次的总结陈词。

其他州的律师听到纽约和马萨诸塞州对"开始和结束的权利"的诠释以后，感到很困惑。他们不明白，被告人怎么能在对方还没有作出评论之前形成一个辩论意见。还有，一个原告怎能放弃启动者的角色——这个角色似乎与整合辩论意见的责任相配套。

根据空气动力学原理，大黄蜂的翅膀负荷太大了，不能正常飞行，但是他们自己并没意识到。与此相似，纽约和马萨诸塞州的律师貌似一切正常。

做开头和收尾的工作是有优势的。心理学的首次原则 (primacy) 理念就是，第一次听到的特殊主张容易被接受。而近因原则 (recency) 的效果就是，最后听到的陈述更容易被记住。实际上，既被记住又被相信才有意义。

有些时候，被告方会形塑他们的案件以得到"开始和结束"的权利，这点不足为奇。如果唯一的证明责任由被告人背负，那么他应该享有开始和结束的权利。但是刑事案件是例外，在刑事案件中，政府一方始终承担证明责任。

虽然你觉得最先开始有很好的效果，但是有些律师竟然还避免先作开庭陈述。这是弃权策略 (waiver ploy) ——下面就是这个策略起作用的方式：

如果你不是第一个而是第二个作陈述，那么你就有机会反驳你的对手——但是他不能反驳你。如果你是一名原告，不想让被告反驳你的陈词，只需放弃最先作总结陈词的权利即可。这样被告不得不先开口，而你就能将所有的辩论重点放在"反驳"上了。

你可能认为此种把戏可能会招致麻烦，你猜对了。

第一，这需要得到法官的默认。反驳理应如此，许多法官不会放任你重击你的对手。法官的做法是，行使他们的权力将反驳意见的时间限制在几分钟内。

第二，该计划可能会失策。假如你放弃了先作总结陈词的权利。再假设对方也放弃了优先权。现在你站起来提出你的“反驳意见”，对方将反对之。

正确的规则是，法庭能否定你说话的权利。既然你的对手放弃了最先陈词的机会，你就没什么可反驳的了。（*Santure v. Detroit Trust Co.*，275 MICH. 661，267 N. W. 583（1936）.）法庭有权裁量允许原告脱离他自己设下的陷阱，但是接着应该让被告回应原告的陈述。（*Fire Ass'n of Philadelphia v. Fanners' Gin Co.*，39 Okla. 162，134 P. 443（1913）.）

反对不恰当的总结陈词，就像反对证据，必须及时提出，否则就是弃权。（*Thomas v. Boles*，123 F. 2d 487（8th Cir. 1941），*cert. denied*，315 U. S. 804（1942）.）虽然在少数案件中，陈述极其不适当，不需要对方立即提出反对，但是你不要指望某个上诉法院主动审查你的案件。

一个“及时的反对”通常意味着打断对方律师的陈述——对此，有些律师担心这样会令陪审团对他产生不好的印象。沃尔伏尔案（*London Guarantee &Accident Co. v. Woelfle*，83 F. 2d 325（8th Cir. 1936））中说道，反对意见必须在开场时或者陈述结束时提出，两者择其一。该规则至少允许法庭内的礼节。

用最后一点来结束我们的导言。根据诽谤法，律师在总结陈词中说的话受特权保护，不被追究责任。这个规则意义重大，可以避免以下情况：一面极力为案件辩护，一面又担心你的言语是否使你承担责任。但从另一方面来看，显然该特权不是无限的。你在总结陈词中说的话至少与言辞被豁免的案件有关。

可能总结陈词中最普遍的反对意见就是对方律师陈述证据有误。想想看，你提出的反对意见将把法官置于怎样的位置，如果你考虑到了这一点，你就能明白为什么总结陈词的规则在几乎整个国家都千篇一律了。可能的情况是，法官只用一只耳朵听总结陈词，他正在考虑的是，在仅仅几分钟的时间里向陪审团发出他必须给出的命令。他可能根本就没有听到你所谓的可反对的地方——如果他听到了，也有可能记不清精确的证言了。结果呢?

“陪审团将成为证言的裁决者。”

这并不意味着当对方引述证人的证言不适当时，你不应该反对。即使是总结陈词的规则本身模棱两可，它也要引起陪审团注意不当陈述。

但是，处理以上问题可能有更好的方法。要明白一点：任何情况下，陪审团都对律师怀有不信任的眼光，当对方陈述证言不当时，你可能决定给予他任何他想要的线索。轮到你作总结陈词时，你可以说：“当原告律师说出证言的时候，根据法律我可以在那时提出反对意见。但是我没提，理由是，我想看看麦科密克先生到底认为你应该相信什么事实，才能作出对他有利的裁决。”

一个法学老师可能告诉你就未登记在册的证据事实辩论实际上与不适当的陈述证据一样。毕竟，两者都包含了同一因素，即辩论不可采的事实。但是从实践操作来看，两者有着天壤之别。

一个律师未能准确记忆证人的话是一回事，但是说出下面的话就另当别论了：“非常抱歉，德梅特里奥先生不能如我们所愿站在这里作证。如果他来作证的话，他就可以清楚地跟我们讲述4月27号他离开杰姆鸡尾酒会时，被告的所作所为。”

当一位律师评论未登记在册的证据时，通常很明显能看出来这种做法是错误的，原因有二：第一，事实上，律师充当了未经宣誓的证人的角色（通常是传闻证言）。第二，从道德层面来看，律师的这种做法是不恰当的，因为一个律师不应该成为他的委托人的证人。由此，虽然法官一般不支持对不当陈述证据提出的反对，但是对于律师评论未登记在

册的证据，他们通常会支持。出现这种结果有实践上的原因——不被登记在册的证据更容易被法官亲眼目睹。禁止评论不被登记在案的事实并不意味着律师的评论范围只限于可采的证据，别无其他。法律同样允许评论常识、一般知识和理解。阐明普遍理解的一个原则的事实与证明特定案件的事实之间存在差别。

差别就在于，律师在总结陈词中运用类比、寓言故事、或者奇闻轶事的正当化。它们不是在就本案事实作证，他们正在进行的事就是将一般常识运用于评价证据。不无奇怪的是，得克萨斯州明确许可了实践中的这种做法。“在得克萨斯州的法律中，该问题得到了很好的处理，根据法律规定，律师评论中的事实可以与历史、小说、个人经历、奇闻轶事、圣经故事或者笑话相关。”（*Sheffield v. Lewis*，287 S. W. 2d 531，539（Tex. Civ. App. 1956).）

打住，律师的主张——即别的陪审团裁决的类似案件可以指导该案——是不合适的。（*Salgo v. Leland Stanford Jr. University Bd. of Trustees*，154 Cal. App. 560，317P. 2d 170（1957）.）

辩论过程中律师们有时候相互投诉，双方都想争当大卫，而将对方描述成杀死大卫的哥利阿特（Goliath）。见怪不怪的是，在上诉程序中其他人也都进行这种投诉——在适当的范围内，投诉对方并不是一件坏事。

评论对方未能提出证据，没有传唤证人或者律师自己作证，会有什么结果呢？一般情况下，诉讼中的这种行为是被允许的，但其原则其实再清楚不过了：自认（an admission）就是一方当事人说的话、做的事与其在庭审中的角色不相符。未能传唤证人（通常情况下能有所帮助的证人）会让人产生以下推论：该未出庭的人的证言可能得不到陪审团的支持。

那么，提出恰当的问题就简单了。根据该案事实，可以合理地推出未提出特定的证据就是自认吗？如果答案是肯定的，那这就是恰当的评论。也就是说，在民事案件中，评论对方当事人未提出证据是合法的。（*Flawers v. Green*，420 Pa. 481 A. 2d 219（1966).）同样的情况发生在刑事案件中，就会成为不合法的事了。在刑事案件中，评论被告人行使其不自证其罪的权利是违宪的。（*Griff v. California*，380 U. S. 609（1965).）

在你方委托人总结陈词阶段陈述诉讼理由时，陈述你的个人信仰是个错误的做法。（*State v. Miller*，271 N. C. 646，157 S. E. 2d 335（1967）；*Model Code of Professional Responsibility*，EC 7—24（1977).）

禁止在诉讼理由中陈述你的个人信仰是个道德准则，许多思维缜密的律师从不会做一些不合时宜的事，但他们经常在不知不觉中违背了这一道德准则。有两个原因：一是，在某些地区，“我相信”是旨在避免过于武断的惯常用法，该短语是美国式保守说法。可以理解，“我相信”已于无形中潜到了总结陈词中。二是，当你对陪审团说出你所希望得到的裁决时，轻而易举就犯了同样的错误。

没必要避免说保守式短语或者告诉陪审团你希望得到的裁决。人们喜欢做别人期待他做的事情，说出你想要的会有帮助。告诉陪审团你想要的裁决不一定会违反上述准则。

补救方法甚至更简单，只要不在总结陈词中说“我相信”就好了。

尽管陪审团是使法律具有人性化的主体，但是我们在竭尽全力阻止他们用我们的思维逻辑进行思考。几乎整个证据法制度就是以下观点的标界：当陪审团得到的信息有限时，人们唯一的指望就是他们能作出合理的裁决。有关辩论的法律禁止激情或偏见的上诉，因而发挥其规范作用。

此外，人们期待律师竭诚为他们委托人的利益服务。在激烈的雄辩过程中，律师享有一定的自由。而且，初审法官（与上诉法院法官书面审理相比，能更好地觉察到法庭的气

氛）也享有相当大的自由裁量权。

但是滥用自由和自由裁量权的可能性仍然存在。比方说，既定的家属与个人伤害案本无关联，但是法庭允许受害家属庭审时在场。（*Delaney v. New York Cent. R. Co.*，68 F. Supp. 70. 72（S. D. N. Y. 1946）.）但是在儿童是当事人的非正常死亡案中（儿童有权出庭），在总结陈词的过程中直接提到他死去的父亲被认为是不适当的。（*Brabeck v. Chicago N. W. R. Co.*，264 Minn. 160，117 N. W. 2d 921（1962）.）

法庭上还允许朗诵诗歌。"法庭不应该抑制一些冉冉升起的雄辩天才，不应不合理地限制古老的雄辩艺术。"（*Colorado & S. Ry. Co. v. Chiles*，50 Colo. 191，114 P. 661（1911）.）假如你激情澎湃、眼神迷离呢？历史上的某个时期，出现这种情形也无伤大雅："人们一直认为当事人在陪审团面前可以以眼泪表达事实……下级法院中没有任何一个规则或者司法管辖区会去审查眼泪。似乎流眼泪是律师与生俱来的权利，法院和宪法不可以剥夺……事实上，如果律师适当把握分寸的话，陪审团会严重质疑，这是否是律师的职业责任：时机一到他就流眼泪。（*Furguson v. Moore*，98 Tenn. 342，39 S. W 341，343（1897）.）

法律有时允许言辞刻薄（*Texas and P. Ry. Co. v. Smith*，115 S. W. 2d 1238（Tex. Civ. App. 1938）），但是，倘若某检察官控诉陪审员，说他拥有社会地位、经济利益或者纳税人身份方面的私利，这就是不合适的。（*State v. Majors*，182 Kan. 644，323 P. 2d 917（1958）.）

上诉法院对基于个人情感和个体感觉的评论很不满意。以下做法是错误的：在陈述时挑出某个特定的陪审员，对他（或者她）提出控诉。（*Peters v. Hoisington*，72 S. D. 542，37 N. W. 2d 410（1949））或者干脆直呼陪审员的名字。（*In re Maier's Estate*，236 Iowa 960，20 N. W. 2d 425（1945））即使是一起被错判监禁刑的案件，也不能说原告死去的妻子将她的脸"贴在天国的窗户上"，正在目睹整个程序，期待裁决的结果，因为这也有点过了。（*Fort Worth Hotel Co. v. Waggoman*，126 S. W. 2D. 578，586（Tex. Civ. App. 1939）.）

在个人伤害案中，"按日赔偿"（*per diem*）辩论陈述是原告律师的最爱。对某一天的伤害和承受的痛苦（打个比方）来说，陈述时提出的赔偿建议看起来根本算不上什么——然后再以原告可能的生活日乘以这个数字，最后等于一个天文数字。该做法遭遇重重争议，有些法院禁止，而另外一些法院则允许这样做。（*Annot.*，3A. L. R. 4th 940（1981）.）

俄亥俄州的规则是个很好的折中做法。只有总结陈词中首先开始陈述的原告方才能提出这种"按日赔偿"（*per diem*）辩论，不能用于其后反驳被告，因为那时被告已没有机会回应了。（*Grossickle v. Germantown*，3 Ohio St. 2d 96，32 Ohio Op. 2d 65，209 N. E. 2d 442（1965）.）

可能最容易被违反的规则就是：禁止请求陪审团站在任何一方当事人的立场。（*Annot.*，70 A. L. R. 2d 935.）即便在特定案件的特殊情形下，这样做并不总是会导致先入为主的偏见，但是该评论几乎总是不适当的。

禁止请求陪审员站在一方当事人的立场，这个规则本身是个很有意思的研究问题。该规则似乎是最基本的自然正义要求。就公正观念而言，还有什么比"每个人应得其所得"更基本呢？

上述问题的答案——不管对错——就是，法院认为，请求陪审团站在一方诉讼当事人的立场上实际上是在引导陪审团产生激情或者偏见，特别是在个人伤害案的赔偿问题上。（*Smith v. Merzolf*，59 I 11. App. 3d 635 N. E. 2d 995（1978）.）诸如"有人会把你的胳膊以300万美元的价格卖出去吗？"这样的评论对情感的诉求太强大了，因为某陪审员可能认为，多少金钱也买不回自己失去的胳膊，但是涉及别人的胳膊，他可能会更加不

公平。

“保险表明被告有过失”，或者“应该减少个人伤害案的赔偿，因为该赔偿金不用纳税”，我们说这种评论是不当的，想必没有人反对，除非你所在的少数司法管辖区采纳这种证据。像在非正常死亡案受害人妻子的再婚这种问题，不大可能成为证据，诉讼参与人可能争着在审前得到有利决定，因此根本无暇顾及这种问题。

限制陪审团获得事实信息，这个规则很容易理解。但因某一种目的采纳某一证据，人们理解这个规则吗？

保险不能被采纳为证明被告人有过失的证据，但是当保险公司调查员作证证明他获得的原告证人的先前陈述时，该陈述能被采纳为证明偏见问题的证据。《联邦证据规则》第411条规定：“该条并不要求排除责任保险，当其因其他目的被提出作为证据时，如证明存在代理关系、所有权关系、控制权关系或者证明证人存在偏见。”

当这种证据仅因“有限的目的”（limited purpose）而可采时，情况又怎么样呢？陪审团可以听取该证据，法官给予陪审团限制性指示，律师可能只在总结陈词中提及它，因为它与它被采纳的目的有关。

换句话说，证据法规定了证据的可采性，但是限制它的证明目的。

想一想，你会发现，有限可采性的规则实际上就是总结陈词的规则。

- 当被告人以证人身份作证时，他的先前定罪只能用来弹劾，而不能用来评价被告人具有犯此罪的性格。
- 及时地修补用来证明所有权或者控制权关系，不能用来证明行为人存在过失。
- 违规驾驶记录可被采纳为证明卡车信托过失的证据，不可以此主张驾驶员实际上存在过错。
- 你可能觉得让陪审员辨别这些不同的目的很为难他们，的确如此。对于评价证据的陪审员来说，同样如此。甚至是深思熟虑、谨小慎微的人也容易混淆这些区别——但是，这也正是为什么弃权原则和无害错误原理能使“有限可采性”发挥作用的原因所在。

第79章 总结陈词中的类比

回想一下你在法学院的第一学期。记不记得当全班同学正在为一个问题苦思冥想时，你举手作答？你清楚地知道解决大家困惑的答案。突然间，你灵光一现，准备揭开戈尔迪之结（Gordian knot）。

但问题是你的回答并没有意想中的那么顺利。所想与所说出现了差别，翻译中出了问题。

即使陈述完美无瑕，导师还是抛出你的答案，接受大家的评论，你开始感到不安。经过几个深入的提问之后，你开始有点心虚了。而后又有其他人开始攻击你的答案，一番攻击下来，你最初的意见性回答沦为了谬论，整个过程就这样结束了。

感觉如何？

糟透了。

你很尴尬，感到蒙羞。

你觉得是受到了人身攻击。

为什么呢？

你并没有受到任何身体上的威胁呀？

尽管是"纸面上的追踪"（paper chase)，但是对你本人却是只字未提——只是针对你的观点。

为何你的反应如此强烈呢？

原因就在于，在心理上来说，人们总是维护自己的观点，严肃对待自己的观点。对于大多数人来说，攻击他们的观点，就等于是攻击他们本人。

这是一种很奇妙的人性特征。

意识到这种现象的老师（不管是通过研究还是只凭直觉）可以利用这一人性心理，来加强学生的意识和参与。如果他们做到极致，他们就会发现就好像学生本人受到了人身威胁一样，这种情绪会阻碍他们的智力发展。

有疑问吗？

试试很严重地鄙视一个朋友的观点，看看这对之前收敛的、有启发性的讨论将产生什么影响。

就是这样：智力自尊感（intellectual pride）。这是大多数人的特点，它很真实，影响很深远，也是成功辩论的关键之一。

为什么？

假如事实发现者——法官或陪审团——形成了自己的意见，与仅仅是告诉他们要达成什么样的意见相比，他们将更加坚定地相信前者。

劳埃德·保罗·斯瑞克在其《说服的艺术》一书中（Lloyd Paul Stryker, *Art of Ad-*

vocacy 125 (1954)）很好地诠释了这一人性心理：

不直接表明观点，通过表述使得陪审团自己形成意见，没有什么比这更有意义了。人们为自己的发现而感到自豪，所以让陪审团通过自己的智慧发现观点，这样能使律师处于有利的位置，即陪审团开始觉得律师是他们的同像，而不是他们的传声筒。

那么接下来的问题是，如何引导陪审团形成你想要的意见，而且要让他们认为那是他们独立自主想出来的。

加入类比法。

这可能是我们所知的最强有力的辩论形式了。

克雷格·斯潘根贝格律师（Craig Spangenberg）在其《基本价值与说服技巧》(*Basic Values and the Techniques of persuasion*, LITIGATION, No. 4 at 16 (summer, 1977)）中就说过："辩论的武器库中最强大的武器就是类比法，说故事，以我们熟悉的主体为基础作简单的类比。没有什么比一个适宜的类比更能打动陪审团，使他们相信你的陈述，因为该类比的基础是他们亲身经历过并认为是真实的事物。"

类比法是有效的，你应该了解一下原因。

其实很简单。类比法因两个相互联系的原因而起作用。第一个原因是，好的故事能吸引听众的注意力，他们想知道发生了什么事情。

第二个原因，类比法挑战听者的信念，人们会检验自己得出的意见是否适当。当某个人讲述一个故事来证明某个观点，人们一般无法抵制这种心理，即想要检验该故事是否符合特定情境。

连锁效应？你说对了。这些听众，在检验一个类比是否适宜的过程中，能对特定问题进行彻底推理，最后达成自己的结论。劳埃德·保罗·斯瑞克（Lloyd Paul Stryker）跟我们说这正是他所希望的结果。

各种类比——不管是简单提及还是详细讲述——是出彩的总结陈词的一个显著标志。它们能让陪审团自己形成结论，相比于光被告知应形成什么结论而言，陪审团会更加坚定地相信前者的结论性意见。

但这并不意味着你不能告诉陪审团或法官你的想法，你应该让他们知道你想要什么。如果人们的观点得到了其他人的印证和加强，他们一定很高兴。但是你必须用类比的方式呈现你的陈述意见，这样才能让陪审团在你之前得出结论意见。

由于类比法有如此大的功能。可能会被用于陪审团遴选、开庭陈述、甚至是证人质证。在合理的限度内，类比法，尤其是简短的类比，可以被用于庭审的几乎每个部分。

但是类比和比较最适合运用于总结陈词——甚至是冗长的故事。

是简短的比较还是真正的故事，部分取决于所要说明的观点对案件的重要性以及让人们接受此观点需要多大的说服力。

语言陈述的最麻烦之处在于，解释细微的问题往往比解释重要的问题花费更多的口舌。看看下面这个例子，你向汽车维修人员解释新车发出的奇怪声音有多难，而跟他说明引擎不能启动有多简单。这是语言中一个特别令人讨厌的特征，因为一般人的理解是，说一件事情你花费的口舌越多，这件事情就越是重要。

运用类比法就能解决此种交流难题。当你选择有助于你辩论的故事时，将故事原型裁剪为符合案件争点的相对重要性要容易得多。

把故事运用于其间接证据。首先，假如间接证据是不重要但又不得不处理的问题，以下就是你应对的方法。

你听了被告方对我方证据的攻击，他们说这"只是情况性证据"（停顿了一会儿）。

“情况性证据”你是知道的，北部地区的人对于间接证据有这种说法。他们说如果你走进丛林，发现了树桩上的海龟，你就知道这不是它们自己爬上去的。

另外，当间接证据占据案件的很大一部分时，那就涉及更多可用的情况性证据。克雷格·斯潘根贝格的“鲁宾孙·克鲁索”（Robinson Crusoe）故事就是一例：

这使我想起了孩提时代父亲跟我讲的鲁宾孙·克鲁索的故事。还记得当鲁宾孙·克鲁索一个人在小岛上待了那么长时间吗？他当时知道了岛上还有其他人，被激动冲昏了头脑，一下子晕了过去。

他为什么会晕倒过去呢？他真的看到了有人在吗？他醒来时盼望忠仆（Friday）——他在岛上唯一的朋友——站在他身旁，但是忠仆不在。鲁宾孙看到了人的踪迹吗？没有。他看到了脚印。也就是，他看到了沙滩上留下的印记，该种印记是人留下的。他看到了间接证据。但是间接证据是真实的，是有效的，是有说服力的，对所有人来说都是这样。我们的生活中充满了间接证据。所以让我们看看案件事实——那些证明事实的足迹。

斯潘根贝格，第16页。(SpangEnberg，*supra*，at 16)

以上是关于间接证据的很好的说明，应该值得特别评论一番。这种类比不仅解释了基本的论点，而且还有另外一个功能：表明说出这个故事的律师有一个很爱他的，给他讲故事的父亲。从一开始就呈现了一个潜在的景象：一个小男孩坐在父亲的身旁，全神贯注地听着父亲给他讲鲁宾孙的故事。

你会问，那又怎样呢？

深切地记住这个场景就是神来之笔。该场景向陪审团发出了一个信号：说故事的人爱他的父亲，尊敬他的父亲，深深地记住了这一切。还阐明了一种基本的价值，这种基本的价值使得我们普遍认为这个律师为人正派，值得信赖。更进一步的结论是，我们更加倾向于认为律师的话是真的——这就是庭审当中的情感暗流，与证据本身同等重要。

这就是陪审员们认为的父亲形象，不管他们自己的父亲是什么样的。在每个人的内心深处都有这样一个对孩子讲故事的父亲——不管他们真正的父亲是否讲过故事。

通常是原告或者检察官——承担证明责任的一方——来确证间接证据。然而，有时刑事案件的辩方律师也需要评论间接证据。

库克县巡回区法院的尊敬的R. 尤金·平奇（R. Eugene Pincham）在芝加哥担任一起刑事案件的辩护人。他有时会讲到他在农场的孩提时光。该故事旨在表明控方看起来微不足道的论点，最后可导致弥天大错。

既然光靠一些图片无法再现一个温文尔雅的、积极雄辩的黑人律师的口才，其魅力和有力——完全的富有经验，又因为持续的提及南部郊区而不失柔和——因此，你只能自己想象这一图景了：

我在亚拉巴马州的一个农场里长大。正如你所知，那里的生活完全不同。你需要一些东西时，不是去商店那么简单的，如果你需要一磅糖，不是说走一两个街区就能买到的。

在农村，糖很重要。除了用于做饭和餐桌上以外，我的妈妈还会将糖储存起来，有时用来腌肉。由于糖是如此的重要，因此我们不是一袋一袋的买，而是一买就买一桶。妈妈将糖放在厨房里。

妈妈对我们定了一个规则：“不要碰我的糖。”

哥哥和我一度很喜欢做我们所谓的“奶昔”，一杯牛奶，几个香草软糖，再加上一勺糖，搅拌一下，就可以喝了，非常好喝。你可以尝试做一下。有时妈妈允许我们在周末做一次。

我们等不及到周末了。有时放学回来我们就会做一些——但是违反了妈妈定的规则：

"不要碰我的糖。"

我会小心翼翼。我看看盖子是怎么放的，在拿完糖之后，照样的放回去。当我舀一勺糖时，我会尽量抚平表面，看起来像和原来一样。做完"奶昔"，我把杯子洗干净，不留有任何痕迹。

当妈妈走进屋子里，她会说："吉恩，你拿了我的糖。"

"妈妈，妈妈，我没有拿啊。""你拿了，现在我要抽你两鞭子，一鞭子是因为你偷了糖，另外一鞭子是因为你撒谎。"

妈妈怎么知道我拿糖了呢？我从小到大一直认为妈妈有千里眼：即使她不在家，也知道家里发生了什么事情。

结了婚，并有了自己的孩子以后，我就问我的妈妈；"阿尔扎塔，你有千里眼吗？"

"你说什么呀，吉恩？我哪有你的千里眼厉害呀。"

不久之后，我带着我的孩子回到乡下去看他们的祖母。我问起来她当时是怎么知道我碰了糖，她坐在火炉旁，摇着孙子，回答道：

"你总是掉一些糖粒在地上。"

（短暂的停顿）

"现在，你们听了沃尔什警官的证言，他说在汽车车厢里没看到什么，而史密斯官员作证说看到了一支枪。你们明白他们这不一致的证言说明了什么吗？"

"地上的糖粒！"

"当库克县的警察——这个城市最大的一支警察队伍——由联邦调查局犯罪实验室支持的——无法告诉你子弹来自哪里——你知道这意味着什么吗？"

"地上的糖粒！"

就像"鲁宾孙漂流记"一样，以上的故事也值得稍加评论。

对家庭关系的尊重——想象三世同堂围火炉而坐——具有很强的说服力。它表明该律师值得相信，有意思的是，通过这种方式得来的可信性不因叙述者是犯人而受丝毫的破坏。记住，他挨了两鞭子。撒谎掩饰自己错误行为的人——就像警察——是错上加错。

除此以外，它还是个很有意思的故事。我们想知道他妈妈究竟怎么知道他拿了糖，当我们听了解释以后，作用正好恰到好处。它符合我们自己的经验。我们并不在农场长大——但是每个人都有踩到糖的经历。

最后，整个故事就引导出了一个有力的修辞性工具——"地上的糖粒"。

很有意思的是，许多关于间接证据的故事都旨在表明它的有效性。有反驳方法吗？这种挑战使得赛伊尔·麦克艾尔汉基亚——一个俄亥俄州克利夫兰市的公设辩护人——在最近的一起案件中用了一个类比：

我刚上法学院的时候，和很多其他学生一样，我得在暑假做兼职来支付学费。即使有贷款在身，也没能阻止我继续上学，所以我在课余时间做了一个兼职。

我在自然历史博物馆找到了一个警卫的兼职工作，在该城镇的东边，离法学院不远。我必须看住那些成群结队而来的高中生和中学生。这些孩子会从庭院附近大厅里的喷泉里拿走一些硬币。

由于被扔进喷泉的硬币是捐给博物馆的，无论何时，我都会试图阻止孩子们进入水中进行小偷小摸的行为。

有一天下课后，我下午两点赶到博物馆。当时有一大群高中生在——天哪，可能有25或者30个——只有一个老师带着他们参观博物馆。

有几个男孩脱离了集体，悠闲地漫步到喷泉。他们组成了一个保护小分队——大概五

六个人——好保护最接近喷泉的那个人，不让人看见。

但就在那时，我看到了一个脑袋伸了进去，伸出一只胳膊，激起一片水声。我敢肯定我看到犯人了。

这是间接证据，但是很有说服力。我看到一个脑袋在其他的人（他们在喷泉附近围成了圈）的掩护下低下去，我看到了一只胳膊，听到了水声，当我走到喷泉边，水面依然有波纹。

所以我揪出了那个伸出头的男孩，说："好吧，伸开你的手。"

就在那时，斯诺先生——负责管理天文馆的人——走下了楼梯，仰头看了看喷泉。他看见了事情的经过

"西里尔，你抓错人了，是那边的人，脱了外套的那个人。"

当我抬头看了看穿着斜条纹衬衫的男孩时，我相当肯定地发现他的袖子是湿的，我让他把钱交出来。他摊开手，交出了一美元多的硬币给我。

我很幸运，我差点抓错了人。证据指向那个埋下头的人，是那么的清楚，结果……

这个案子也是如此。唯一的问题就是，没有斯诺先生来指点检察官事实真相。

并不是每个类比都关涉间接证据——尽管还有很多好的类比是用来处理情况间接证据的。此外，也并不是每个证据都能证明一个论点。例如，有时候证人可以用一个类比，成为在总结陈词中旨在唤回证言的关键句子。

假设一个虚假的情形。你所代理的人，他声称自己患有外伤后的癫痫。你传唤一名顶级的神经专家作证，由于有些人很难相信脑部受重创而颅骨却不破裂。在作证中，你的证人将脑袋比作手表：

某种程度上来说，脑袋就像一块手表。你可以将手表丢在地上，表面玻璃将会破损，表壳也会被全部擦坏，但是手表仍然运转良好。有时，你将手表掉在地上，看起来好像什么事都没有，表面没有任何破损，但是不管你将表拿到钟表匠那里修多少次，这块表就是不准时了，要么快一点，要么就慢一点——反正不准时——再也不能像以前那样了。

随后，医生开始谈论脑部的力量：

你的脑袋真的很脆弱。就好比凝胶或者像巧克力莫斯。如果你使劲地敲击或者摇晃碗的话，巧克力莫斯可能会散掉，脑袋也一样会破——流血——如果你使劲击打，颅骨脑袋上面会形成伤疤。

那么，当你讨论手表时，又会发生什么样的情况呢？你不必长篇大论地详细叙述医生的证言。只要在总结陈词中提到"手表"一词，所有对医生的想象就会一下子涌现出来。

换句话说，一个类比不仅可以成为有效的陈词，还能充当有效的参照系。

对于间接证据和重提证言这样的问题来说，故事可以适用，没有任何问题。但其真正的价值所在——真正能发挥作用的场合——是说服陪审团同意他们本来不愿接受的观点。

以一个证人为例，他的问题出在证言有部分错误。这样的情况下，一般的规则是，法官会指示陪审团：如果陪审团发现证人故意陈述部分错误的证言，那么不管余下的证言真实与否，陪审团可以一概不予考虑。我们甚至可以用一个拉丁格言来描述——一招走错，满盘皆输。（*False in uno*，*falsus in omnibus*.）

但问题是陪审团可能会从另外一个角度来看待这一问题：律师已经证明了那部分是错误的。理所当然，其余部分是真实的。

其连锁效应就是，这样一个规则，这个拉丁格言，这种指示和接下来的陈述一定令人信服。以下说法不具有很强的说服力："关于原告车的颜色，证人错了，也就是说你不能相信他说的其他的任何话。"

佛蒙特州的约翰·伯吉斯（John Burgess）用了另一种做法：

作为一名陪审员，对诺曼夫人的证言你们面临一个很现实的问题。你们还记得她，她是个看起来很和蔼的人，但是你现在才发现她的证言中有不真实的地方。我知道，对于如何处置她的错误和错误陈述，你们自有分寸，不会有什么困难。问题是，如何处理余下的证言。接受，拒绝还是其他？

自从我母亲去世以后，我们经常在周日带父亲出去吃饭。我们喜欢去小镇上的一座餐厅。

看看人们都是如何点自己最喜欢的食物，很有意思。父亲的最爱是炖牛肉——自从我记事以来就是。当我还是个孩子的时候，母亲就为他做炖牛肉。不管菜单上有什么菜，父亲只要炖牛肉，当服务员问父亲点什么，他就说："我要尝尝你们的炖牛肉。"

又是一个周末，我们带父亲去了一家城外的餐馆——他们称其为"客栈"——宣传的是做家常菜。当父亲看见了菜单上的炖牛肉以后，他就知道自己要吃什么了。

餐厅的人端出炖牛肉，看上去很不错。但是父亲吃了第一口后，就发现肉已经变质了——令人作呕的。

现在父亲该怎么做呢？翻遍整个盘子，找到一块好的肉？或者应该喊来服务员，问他是否能将这盘肉换回去，因为已经变质了？对于诺曼夫人的证言，你们应该怎么做呢？

家庭角色是如何促使我们相信律师说的是值得信任的那种人，现在看来，认识到这一点很容易。但是其象征意义更深入人心。

不是那个老的、熟悉的餐馆做了这盘变质的肉。是那个新开的、炫耀的、徒有其表的餐馆干了这种事。那个"客栈"和炖牛肉——就像诺曼夫人和她的证言——最后被发现是错的。陪审团——就像我的父亲——由于是第一次去，走进了错误的地方是可以被原谅的，但是现在看来拒绝整个生意才是完全正确的做法。

律师遇到的另一个棘手问题是一个原告先前的受伤。很显然，原告隐瞒了这一事实，而被被告方揭露，这个案子似乎就是个骗局。所以原告律师通常会很谨慎地说出所有已经存在的伤害。但是，接下来，你如何让陪审团相信伤害虚弱原告的小伤可归咎于这个被告，而不是之前的受伤呢？对于这个问题，克雷格·斯潘根贝格律师有一个最好的类比法：

现在来谈谈损害赔偿和一个很难做决定的领域。我希望这是个更简单的案件，哦，就像一个农民开着他的小卡车行驶在高速公路上，这时有人撞坏了停车标志，撞倒了他，将他的车撞翻了。挡风玻璃掉下来，挡泥板陷进去了。作为陪审团，如果你被问及怎样赔偿算是公平，我想你们会知道怎么做。他还无权要求赔偿一辆新的卡车，因为他的车本身不是新的。但是他也不应该开着一辆挡泥板损坏、没有挡风板的卡车回家，因为他的车本来也不是这样的。所以，作为公平的结果，一个公平的赔偿将是：将挡泥板恢复到原来的样子，换上挡风玻璃。对于这个处理结果你不会有疑问吧，我肯定我那博学的辩方兄弟也会接受的。

现在假设该农民是一个养殖家禽的人，他将鸡蛋运到市场去卖。小卡车的后面装了120个A级鸡蛋。车翻了以后，这120个破损的A级鸡蛋全部掉在了高速公路上，蛋黄和蛋白流了一地。

这种情况下的公平赔偿是什么？这些都是他的鸡蛋，有市场价值的鸡蛋。他的财产现在被剥夺了，收入也没了。怎样才是公平的赔偿呢？一打鸡蛋10美分的零售价吗？

不是的。他不打算零售这些鸡蛋，他打算批发出去，据当地报纸报道，批发市场价是46美分一打。这样算来，他可以得到46美分的100倍，46美元。

在这种情形下，如果辩方律师说："不要给他46美元，为什么呢，因为如果这些鸡蛋是高尔夫球的话，一个不会碎。"你一定认为这个律师傻了。

我并不是把我的委托人当做鸡蛋，而是把他比做一个鸡蛋。他很脆弱，但是仍有用处和价值。他可以去劳动力市场出卖他的劳动力。当然他不是一个高尔夫球，他不会弹跳。但是合理的赔偿就是为了弥补这个现实的人所遭受的实实在在的损失。你打破一个真的鸡蛋，照价赔偿才是公平的补偿。

刑事辩护律师遇到的最棘手的问题之一就是辩称"豁免证人"（immunity witness）——曾经被说成是"转变政府证据"（turned state's evidence）的那种人——的证言不应该被相信。

这个问题很严重，因为控方经常成功地辩论"豁免证人"有说谎的动机。

我们希望的一个辩论就是：豁免证人表明了比被告人更重的罪行，而后者是政府的错误认定。

还来看看吉恩·平奇的类比，他在芝加哥的庭审和科罗拉多州博尔德市的全美出庭辩护研究会（National Institute for Trial Advocacy）里同时用到了：

我在家里定了一个规则：

"不要碰我的钱包。"

如果你需要钱，来跟我要。如果我认为应该给并且我也有钱的话，我会给你钱的。但是"不要碰我的钱包"!

有一个例外，那就是我的妻子，阿尔塔。她已经嫁给我30年了，她有权翻我的钱包，但是对于我的孩子们，"离我钱包远点"。

有天晚上，我上床以后，跟往常一样，将钱包放在了梳妆台里面。第二天早上起来的时候，我看了钱包，以确保有足够的钱停车和吃午饭。

看完我发现里面只有一二美元，我记得昨天晚上钱包里还有20美元的。所以我去问妻子："阿尔塔，你拿了我钱包里的20美元吗?"

"没有啊，亲爱的，我没碰你的钱包。"

"那好吧，"我说道，"把孩子们叫来。"

"你们所有人都下楼来，有人拿了我钱包里的20美元，我肯定昨天晚上家里没来贼。"

仙蒂周末出去了，还没回来。所以只剩下你们两个男孩了，赛格特和吉姆。

赛格特——18岁——他很滑头。吉姆——12岁——他还很纯真。他们都下楼了，我说道："你们其中的一个人碰了我的钱包，我想知道是谁干的。"

赛格特说道："爸爸，我没碰过你的钱包。"

吉姆接着说："爸爸。我没碰过您的钱包。"

我很生气："你们当中有一个人在撒谎，我要揪出那个人，我要把这件事情查个水落石出。"

"我跟你们说，我打算给予你们一些豁免。"

接着，天真的吉姆说："豁免?什么豁免?"

滑头的赛格特说："豁免就是你将不因你所做的事受惩罚，但是你要坦白事实。"

所以吉姆说："我不需要豁免，因为我根本就没拿钱。"

我说道："那好。"

赛格特说话了："签个命令。我从你的钱包拿了钱。"

"好，"我说道："你拿这些钱干什么去了?"

赛格特说："我给了吉姆一些!"



“吉姆，”我问道，“你被抓着了，一个月不准玩保龄球，星期六晚上不准看电影，也不能看电视。你回你的房间好好反省，你犯错了。”

那天晚上，我听见吉姆的哭声了，父母们不情愿听到孩子的哭声。

阿尔塔问我：“吉恩，你为什么那样对吉姆？”

我告诉她：“因为他犯错误了。我给赛格特豁免了，他没理由撒谎。”

阿尔塔看着我说：“但是你也没理由不相信吉姆，他也是你的骨肉。”

故事到此结束了，很精彩的陈述，值得深入思考。

我们注意到，这次家庭角色稍有不同。吉姆，年轻的、无辜的男孩身处被告人的位置。隐含的伤害起了什么作用？把本案的被告人想象成那个孩子——他们的有象征性意义的孩子——有权得到因怀疑得到的利益。

豁免证人很“滑头”。这点很有意义，因为是那个滑头的人要求豁免——而不是无辜的人。吉姆的故事告诉我们，无辜的人不需要豁免。

对于吉姆的“审判”将会违背我们最基本的公平意识。吉姆是第一个被允许说话的人，但是一旦豁免证人说话了，他就再也没有机会发言了。

家庭“庭审”中的检察官是人性化的。毕竟，他是真正案件中的辩方律师，它给我们的启示是，如果检察官错误的将一个无辜的人告上法庭，陪审团不一定会对他们产生不好的印象，但是如果是被别人的误导所致，陪审团一定会原谅他。陪审团宁愿相信政府是无意犯错，也不愿接受政府故意不公正的事实。

最后，阿尔塔，一个妻子、母亲，理性声音的代表，其想法被代表权威的父亲接受了。

好的故事不仅提供了解决说服问题的方法，有时还能帮助那些被法律创造的重重障碍所包围的律师们。

以许多州都奉行的“黄金法则”为例。（See ，e. g.，*Chicago*，*R. I. and P. R. Co. v. American*，*Inc.*，408 P. 2d 789（Okla. 1965）and *Stabley v. Ellegood*，382 S. W. 2d 572（Kl. 1964）.）该法则以其功能而得名。它禁止律师要求陪审员将自己置于当事人的立场来行事。它被称为“黄金法则”（golden rule）是因为，该法则禁止要求陪审团以当事人所希望得到的待遇来对待当事人。

也就是说，在总结陈词中，原告说出以下的话是完全不适当的：

现在我们要求你裁决赔偿比尔·马克尔的右臂300万美元。我知道这看似是一大笔钱，但是你们仔细想一想。假设摘除你的右臂，没有任何痛苦，你们谁愿意明天早上去医生办公室以300万美元的价格卖掉你的右臂？

另一方面，考虑一下一个简短的类比会产生怎样的效果：

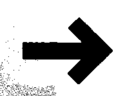
现在我们要求你裁决赔偿比尔·马克尔的右臂300万美元。你考虑了被告对比尔的所作所为，认为赔偿这么多是公平的。随后你又在想——是不是赔偿的太多了？

好，假如比尔·马克尔拿着那些钱回家了，就在第二天，他的朋友乔来到他家，说：“快点，比尔，今天是周六，湖里多的是鱼。拿着你的工具和我一起去钓鱼吧。”

比尔说：“唉，乔，我也想去啊，但是你知道的，自从遭遇那场严重的车祸，我就不能去钓鱼了，因为我失去了我的右臂。但是我跟你说——陪审团说导致我失去右臂的人要赔我300万美元。我昨天刚拿到了那笔钱。所以呢，如果你愿意将你的右臂卖给我，我就把所有钱都给你，一个子都不少。”

你觉得乔会怎么做呢？乔有没有可能为了钱考虑卖掉他的右臂——即使他能这么做。

这个陈述是一个类比的形式，但是并不意味每个司法管辖区都允许这么做。很显然，



有些法院甚至觉得这个陈述几乎违背了“黄金法则”。另外，另一些司法辖区允许这种讲故事的形式，但是不允许直接要求陪审团将自己置于当事人的立场。

如果你说的故事是基于真实发生的事实，实事求是将达到事半功倍的效果。故事的细节、你的语调会增加真实故事的有趣性和可信性。

由于陈述的是一般事实，你的义务就是忠于常识和人的自然本性——而不是已经过去的历史。

也就是说，你不要害怕用了别的律师的故事或者类比。不错，你是用了，但是将这一过程称为偷取还不合适。这是一门学问。社会不会期待你对你的总结陈词做脚注，不会大加称赞你的论点出处、适当的类比甚至是经过充分训练的故事，对此，你可能会感到些许欣慰。

这也同时意味着你不应该害怕重复你发现的成功的类比。本杰明·富兰克林（Genjamin Franklin）说过，巡回宣讲具有“多次彩排”的优势。另外，你可能以吉恩·平奇的方式回应，在芝加哥的一个案子中，检察官打断了他的总结陈词，说道：

“哦，法官大人，我们不想再听桶装糖的故事了！”

平奇姆说道：“是的，你们还要听一遍，而且你们要一直听下去，直到我败诉。”

最后，平奇姆的委托人被判无罪。

第 80 章 对付不实陈述

攻击证人

亲爱的安格斯：

上个月我收到了一份对我不利的裁决，至今都不敢相信。我代理原告，她的丈夫，海克特·马汀因为突发的胸痛和呼吸急促，被送进了急诊室。但是急诊室的医生，普里查德医生跟他说这只是消化不良的症状，给他开了一些解酸药，就让他回家了，第二天他因心脏病死于家中。

该案中我们反对普里查德医生的最重要原因之一是丢失的心电图——医生作证说心电图显示一切正常。但是事实并不尽然。同时丢失的还有马丁医生的医疗记录，上面载有实验室对血液进行酵素测试的结果，以及一些关于血压、脉冲、呼吸的医生记录和马丁的病史。

我对此深感怀疑，所以我装成医生的样子，拿着手术刀——打算对他的身体部位进行新的手术。

庭审中，医生说有人闯进了医生办公室，偷了他的医疗记录和处方表，简直是无稽之谈。

他的话我一丁点都不信，我告诉陪审团，他的证言就是典型的用冗长编织的谎言，意图破坏诚实的原告主张。

虽然我不相信他的话，可是陪审团相信他，至少审后陪审团是这么跟我说的。坦白来讲，我必须承认普利查德医生确实给陪审团留下了好印象，表面看起来是个诚实、细心、富有同情心的人。

最后我们不仅得到了惩罚性赔偿，还得到一个零责任裁决（zero liability verdict）。我们挽救败局的唯一一点就是，初审法官在陪审团指示中犯了一个错误，这倒让我捡了个便宜，案件得到重新审理。

这就是我写这封信的原因所在。

我应该期望普里查德医生是怎样的一个骗子呢？我要如何作陈词才能让陪审团看穿他的狡辩呢？我该说什么才能让陪审团停止纵容语焉不详的人和他们欺骗性的伪证。

愤怒中的阿什塔比拉

亲爱的愤怒者：

密苏里州堪萨斯城的吉姆·吉恩斯（Jim Jeans）就警告说不要将对手逼到绝境，在庭审中如果你真的击垮了对方当事人，那么陪审团的裁决就没事可做了。

并不是说陪审团要来打击被告。根据你的来信，被告给人的印象是一个“诚实的、细



心的、富有同情心的人”。

陪审团在庭审初期要做的部分工作就是决定谁是好人——也就是谁是他们支持的人。事情很快水落石出。如果陪审团觉得被告是好人，他们不会认为他会撒谎，如果他们不认为普里查德在撒谎，那么你就输定了。

不论你的证据多么充分，逻辑多令人信服，感觉总是做决定的一个基本要素。该观点由来已久。我的祖父曾说，“一个人深信不疑的一直是同一意见”——听起来像是摘自《麦加菲之读者文摘》(*McGuffey's Reader*)。

对你来说这就意味着，如果普里查德医生碰巧就是一个诚实的、正直的人，那么你必须找到一种辩论的方法，而该方法不是请求陪审团相信他是个骗子。

所以呢，不要告诉陪审团你想要什么结果，你应该向他们展示了解事实的常识性途径，这样，他们就会感觉到是他们自主作出的决定，稍微引导一下，让他们知道什么原因让人愤怒——能让陪审团依你的想法裁决，又不会觉得不舒服。

你可能会尝试以下方法，这种方法其实就是几分钟形成的快速概要：

“先生们、女士们，你们现在面临复杂的情形。一个本不该死的好人死了——也是个好父亲、非常体贴的丈夫——到了如今这步田地，而那些人——本可以救他的人——却没有救他。他们犯了一个错误，错误地解释了证据。病人胸痛难忍，呼吸困难，觉得快要死了，而医生就给他开了一点抗酸药就打发他回家了。

“如果你只看证据的话，你会觉得很明了。海克特死于心脏病，没有疑问。雷诺兹医生对海克特进行了解剖，他告诉我们从他的冠状动脉的阻塞程度来看，可能是——用他当时的话来说——‘他现在的情况在死前一晚应该不可能在心电图上显示不出来。’”

“海克特心脏里的组织已坏死，酵素已扩散到血液里——我还引述雷诺兹的话——‘他死前一晚肯定在血液测试里显示出来了。’

“但是心电图丢了。”医疗报告和普里查德医生的个人记录也丢了。丢失的也是证据——你必须将这一事实与其他证据一道考虑。

“所以，一方面你有所有的证据，另一方面呢——在一般案件中——你还有一些与之相抵触的证据。你的工作就是在这两者之间作出抉择。

“但是这不是个一般案件。因为一方面你手上有所有的证据，另一方面是普理查德医生的证言。这样情况变得复杂起来。因为普理查德医生是个好医生，称职的医生。他是一个富有同情心的、细心的、正直的医生，为人诚实、正派。

“而且普理查德医生来到法庭，他告诉我们他看过海克特的心电图，表示一切正常。他还跟我们说他测量了海克特的血压、脉冲，听了心脏，一切都没有异样。

“那么，如何处理这种情况呢？如何化解前面所述的冲突呢？你如何拿所有的证据与人们对一个称职的、诚实的、细心的医生的信任作对比呢？

“如果一个像普理查德这样细心的、称职的医生确实犯了证据所显示的错误呢？

“可能的情况是，他不会接受这种指控。一个可理解的人性反应就是他不相信自己会犯这种错误，这是可以理解的。他可能会久久不能释怀，纠结于这一错误，反复质疑，苦思冥想，一遍又一遍地钻研，到底有没有犯错误——还是无法接受这一事实，不肯相信。因为这种错误不是他应该犯的。他不是那种人，不是那种医生。

“普理查德医生来到法庭，告诉大家他所认为的事实。他给予我们的唯一答案就是他所能接受的所见和所为。

“他并未对我们撒谎——这是他应对海克特之死事件的方法。这就是普理查德医生独善其身的方法。

"但是这不意味着他对海克特·马丁的死不需要负责任。丢失的证据究竟怎样已无关紧要了。你们已经知道了海克特是怎么死的——也知道了如何裁决本案。你的工作之一就是，告诉普理查德医生，他是一个好医生，他可以继续治愈病人，但是他要为海克特的死负责任，这样他才可以继续他的生活。"

安格斯

攻击故事

辩驳对方论点的方法之一就是让对方的证词活化——即如果他说他的证言是真实的，那么就重现证言内容。

圣弗朗西斯科的约翰·伯吉斯（John Burgess）在得克萨斯州达拉斯的律师协会会议上（the Bar Association Convention in Dallas，Texas）就是这么做的。他在泰特主席展览项目——"法庭中的摄像头"（Cameras in the Courtroom）——中担任辩护人。

伯吉斯代理假想的"邦妮·林奇"，她被指控故意隐匿一名背负联邦令状的逃犯，明知他有犯重罪的意图，还帮助他逃离州外。

这种案件曾是得克萨斯州下级律师协会用于国家模拟法审判（National Mock Trial Competition）竞赛出的问题，案件事实很简单。整个周末，邦妮·林奇把一个人留宿在家。这个人名叫弗兰克·亚当斯，是一个逃犯。邦妮·林奇将他载到汽车站——那里已经越过了州界线——进入了特克萨卡拉州。

现在问题只有一个：究竟是邦妮·林奇知道弗兰克·亚当斯的身份，还是纯属巧合呢？

问题是，伯吉斯需就此在两个陪审团面前进行辩护——这两个陪审团均由达拉斯市律师事务所里的法律秘书组成。

对邦妮·林奇不利的主要证据是来自于她的旧相识，杰西·诺兰。就是他让邦妮·林奇将弗兰克·亚当斯收留整个周末的。但是，杰西·诺兰并没有被指控，相反，他因为提供证言而获得了豁免特权。在证人席上，杰西坚持认为他告诉了邦妮·林奇关于弗兰克·亚当斯的"所有情况"。

每一天，律师都扮演着联邦检察官的角色，以同样的方式参与审判，伯吉斯也是一如既往地辩护着——有一点除外。在第一轮庭审结束时，陪审团以7票对5票判邦妮·林奇无罪。这是一次成功的辩护，但是伯吉斯并不满意，他决定另辟蹊径，攻击豁免证人，杰西·诺兰的证言。

正如你所想，每次他都解释授予豁免权是如何给予诺兰说谎的机会。但是，就在第二天，伯吉斯决定"重现"打电话的情形，以下就是他的做法：

先生们、女士们，只有在一种情形下，邦妮可能有罪：这个"豁免证人"，杰西·诺兰，肯定是说出了真相。

你们还记得他的证言吧，他跟你们说的是，他打电话给邦妮·林奇，看看他是否愿意周末收留弗兰克·亚当斯。他承认，一开始邦妮不愿意收留，因为家里只有她和女儿，葛雷琴。但是杰西·诺兰说他已经说服了邦妮，并坚持说他已经在电话里将弗兰克·亚当斯的所有情况告知了邦妮。

现在，希金伯特姆法官将在案件结束时对你们作指示，他将告诉你们必须遵守哪些法律。但是有一件事他不会说，那就是在进入评议室后将你们的日常思维抛在脑后。

如果杰西·诺兰说的是事实的真相，那么那通电话该是什么样的呢？

接着，假装手里拿着两个电话——一只手一个——不同的角色用不同的声音，伯吉斯开始了电话谈话：

“你好，你是?”

“你好，是邦妮吗?”

“我是杰西——杰西·诺兰。”

“哦，你好，杰西，最近还好吗?”

“我很好呀。邦妮，能帮我个忙吗?”

“如果能帮到你我一定会的。什么事，杰西?”

“我有一个城外的朋友，我要给他找个住的地方，你能让他周末住你那儿吗?”

“啊，杰西，我不确定能不能帮到你啊。家里只有我和葛雷琴——我不确定。”

“哦，他不会给你们带来麻烦的。他人很好。”

“我真的拿不定主意，杰西。这个人是谁?”

“他叫弗兰克·亚当斯，是我的老朋友。”

“哦，杰西，我觉得不好……”

“邦妮，不用担心。他真的是个好人，他是纳什维尔犯罪团伙中掌管财务的人，他正准备去达拉斯，行贿一个地方官员。”

“那好吧，让他过来吧。”

所有陪审员——所有莅临法庭现场的人——忍不住大笑，经过控方激烈地反驳以后，陪审团只花了5分钟就作出了一致意见的无罪裁决。伯吉斯没有游说豁免证人的证言不可靠，而是采取了更为有效的方法，他“重现”了从来没发生过的事情，陪审团则依靠自己的判断作出了正确的裁决。

第81章 损害赔偿与责任承担

亲爱的安格斯：

我们这一组律师为个人伤害案——产品责任官司——的被告担任代理人，我是其中的负责人，被告是电力工具（如电钻、电锯、磨砂机和路由器）生产商。

其中一些较资深的出庭律师认为，就案件本身的是非曲直辩论（on the merits）——即坚持认为工具本身没有问题，然后回过头来计算损失总额，并辩称损害并不如原告主张的那样严重，——这种辩论方法是不对的。

我理解这些资深律师的用意。就损害评论貌似承认被告确实有过错。这就好像是我们在说："我们与这起意外事故无关，但是如果我们生产的钻头确实有毛病，导致原告受伤，请不要让我们赔得太多。"

现在我的问题在于，在过去的几年中，我们律所打赢了一系列的官司。几乎每个伤害案件的要价都是高得离谱。裁决作出后，我们与陪审团探讨，他们说他们判决给予原告要求的赔偿数额是因为，没有人提出其他的赔偿数额可供他们选择。

陪审团真的是这么做的吗，还是另有隐情呢？

如果具备了于己有利的辩论理由，辩论损害赔偿是不是不对呢？

沃基根的焦急人

亲爱的焦急人：

你的问题是一个持续困扰律师的老问题了。不一致的辩论——尤其是在民事案子中——听起来很假。既然律师的可信度是案件的核心，你也不想给人以用两边嘴巴说话（talking out of both sides of your mouth）的感觉吧。

如果一不小心，在否认了责任之后再辩论损害赔偿真的会使你看起来不一致。

问题还不止这些。

同样重要的问题还有，错误和原告的贪心对裁决的影响。

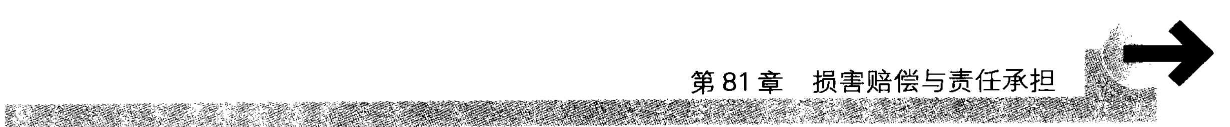
对于一名原告来说，获得高额赔偿的关键之一就是证明被告的严重失误。

对于一名被告来说，尽量降低赔偿的关键之一就是揭露原告有多么贪得无厌。

就是这样。当陪审团因为被告对原告的所作所为而感到痛心疾首时，你就看着赔偿额上涨吧。而当陪审团对于原告的贪婪、过分感到恼怒时，你就能看着赔偿额下降——有时甚至为零——为了惩罚贪婪的原告。

现在，假设被告否认了明显的责任并提出荒谬的辩护理由，你的辩论理由悍然不顾常识，这些情况下陪审团会有怎样的反应呢？

这时被告就有麻烦了。看起来不真诚的辩论将使得法官和陪审团愤怒，进而抬高赔偿数额，那是因自我陶醉于花言巧语而产生的标价，是当事人的一次昂贵的教训，他们的律师认为在每次辩论中，至少在一个点上面进行极端的死亡之握怎么说都有说服力。



关于是否讨论损害赔偿在哪个方面契合以上理论呢?

如果你的辩论本身就已岌岌可危了，更遑论谈论损害让你看起来不理智了。这相当于强调被告在推卸他的责任。

换句话说，在总结陈词中不谈及损害赔偿使得不利的证明雪上加霜——给陪审团的感觉是，当事人需要提醒之言。

那是不是意味着，你要将损害赔偿贯穿于辩论的始终呢?

不。你必须权衡两者的危险。仍然有听起来不一致的危险存在。

但是，密歇根州安阿博市的埃德·斯泰因（Ed Stein）律师在科罗拉多州博尔德市的全美出庭辩护研究会（National Institute for Trial Advocacy）上所演示的论辩恰能将这种危险降至最低。

斯泰因责备了原告律师，因为他不应该自己谈论到损害赔偿。下面是一起锄草机案的辩论观点，可以借鉴。

“什么意思? 原告伤了腿倒是对的?”让他受伤的是马丁除草机。但是，不是因为除草机出了什么问题，而是斯图尔德在除草机还在运转时将它反过来的时候受伤的。

“接着他将我们告上了法庭，企图让生产商为一些不应负责的事故埋单。那是不公平的。”

“一般情况下我就说到这里了，我们的发言结束。”

“但是这次有例外，既然斯图尔德先生的律师花了那么长的篇幅来讨论损害赔偿问题，我要不给出一个答复就是我的不对了，下面是我对损害赔偿问题的回应。”

“尤其是关于斯图尔德先生要求对他被割伤的腿赔偿200万美元的问题。”

当你对责任问题有很好的辩论理由，并且原告对损害要价过高时，你可以采用上述辩论方法。

但是这不是每一个案件都可以用的灵丹妙药。

在有些时候，承担责任反而是正确的做法。首先，这可以排除一些真正对你不利的事实，这些事实能使得陪审团惩罚被告。就比如过失汽车修理工的那个案件吧，在平衡和旋转了轮胎之后，他将车轮和轮毂盖放回到了原告的车上。问题就出在他忘了把轮爪螺母放回到左前轮上去。

原告将车驶出修理店几分钟以后，时速达到50英里，这时左前轮脱离了汽车，分离运转。

被告承认了他有责任，陪审团唯一要做的就是决定接下来的损害赔偿了——这样的话，陪审团就没什么好对被告气愤的了。

但是这并不意味着你任何时候都要承认过错。倘若你有看似可信的辩论理由——即使你也认为不一定会赢——这个时候陪审团就会惩罚狮子大开口的原告了。比如最近在得克萨斯州麦卡伦（McAllen）（据说是名副其实的原告避难所）审理的一起集团诉讼案。

原告患上了为期两年的严重的抑郁症，但是没有永久性的身体伤害。麦卡伦的陪审团对于原告提出的100万美元的赔偿要求十分反感。在作出了有利于被告方的裁决之后，一位陪审员对记者说道：“他以为自己中了彩票呀。他不去找医生——而是跑去找律师。我们不会相信他的任何一句话。”

安格斯

第82章 失利的论辩

马克·比瑞利走进公文包咖啡馆，看上去他需要一个朋友。“出了什么事情?”我问他，“输了一场不该输的案子?”

“不是的，”马克说，“但是往后可能真的是这样了。问题是，一不小心就会在法庭上说出失利的话语。”

“哦，是呀，”安格斯说，“我们都遇到过这种问题。”

安格斯说的没错——我们都作过失利的陈词。我们说的有些话对我们很不利，连对方都始料未及。甚至是最优秀的律师也曾犯过严重的错误，使得整个法庭一片混乱。

卡罗琳娜女王的案子就是很好的例子。1980年，英格兰女王被起诉离婚——案件起诉到了上议院，女王被控通奸。

辩护理由就是她没有通奸。

但是总结陈词时，女王的律师对上议院的大法官们说，他们的判决应该是对女王说：“走吧，别再造孽了。”

但是失利的陈词辩论并不总是显而易见，也并非总是令人难堪。事实是，也并不总是输掉案件——但是确实有可能。所以我们有充分的理由来审视一下那些弊大于利的摆出论点的方法。

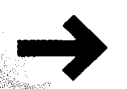
不诚实的陈述

不诚实是丢失胜算的最简便方式之一。一旦真相水落石出，事实发现者——法官或者陪审团——就感觉被你愚弄了。不管你的证据有多么确凿，麻烦总是不可避免。

要明白这一点：要让有些律师说出真相是件很痛苦的事情。但是，正如华盛顿的本·西维莱蒂（Ben Civiletti）所说，一旦他说出来，结果可能出乎意料。“西维莱蒂认为，当一个律师说，‘坦白地讲’，或者‘我对法庭诚实’，这潜藏着毁灭性的副作用。一方面，对律师而言，这些话意味着诚实与否在于他们的选择。另一方面，还表明律师并不总是选择诚实以对。”

有些律师的辩论和观点，不管其真实与否，陪审团总是假定其为假。新墨西哥州阿尔伯克基的保尔·巴达克说：“在所有的醉酒案件中，当你说，‘我的委托人只喝了几杯啤酒而已’，陪审团会将其理解为‘不错，我的当事人喝醉了’。”

还有些律师以为，只要没有被发现，他们可以提出一些明知是错误的观点。但是凡事皆有克星。俄亥俄州克利夫兰的大卫·维纳律师走进法官办公室，要求法官发出一个临时限制令。维纳尽其所能提出有理由证明当时的情形符合司法立即执行的情形，而不是到一两个星期之后再发出审前禁令（preliminary injunction）。



接着，对方没有就事实进行评论（之前所有人都认为他会这样做的），相反，他第一次使出了他的王牌。拿出了一份俄亥俄州的法令，向大家宣读。

“在那种情形下宣读法律规定具有相当的威胁性。”维纳说，“这是法律——不只是辩论。就像是宣读圣经。这对我来说是个致命的攻击。

“在那之前，我一直以为我有一个很好的机会要求临时禁止令。但是现在这个机会悄然滑走了。我该怎么办呢？我们走到了法官席面前。没有任何记录，也没有书面意见。提起上诉根本就是痴心妄想了。我要么胜诉要么败诉。那个法令——我原本不知道的——明白地告诉我我输了。

“所以我问对方律师我能不能看看那个法令。那个法律就是实实在在的，正如他所说，白纸黑字，清清楚楚。

“但是看到第二段的时候，我发现了一般规则的两个例外情况——而我们正好符合第二种例外情况。我面向法官和对方律师，大声地读了出来。随即法官签发了临时禁令。

“随后，我问对方律师他是否知道法令里面有例外规定，如果他知道的话，为什么不说出来呢。对方律师回答到：‘我早就知道了，当你发现了对你有利的情形时，一定要盯住不放。’”

对方律师不明白的是，如果你全然不顾事实盲目制造对己有利的条件，这就是不诚实的陈述和辩论。

观点离题

观点离题以形式多样的错误形式出现。阿尔伯基克的兰迪·麦吉恩（Randi McGinn）律师说了一个癌症专家的事情，就在这个专家被诊断出患有某类癌症时，他研发出了一套理论，此时，他已无能为力了。这就是说，未能诊断出那类癌症也不会使结果有任何不同。不管发现与否，对病人的病情已经束手无策了。

但是麦吉尔告诉我们，在法庭上，那个专家将 25%的时间花在了说明那个理论上，而其余 75%的时间则在向人们阐述这种“无能为力的情境”。专家说：“嗯，人要有希望。”

当然，你想让你的委托人看起来人性化，这无可厚非，不是吗？

密尔沃基市的鲍勃·杜普伊律师为纳维斯塔公司辩护，他想让委托人看起来再人性化一点。鲍勃解释说，那维斯塔公司一度是有实力的国际采集器公司（International Harvester），他还说陪审团可能在橄榄球超级杯大赛（Super Bowl）中看到过那维斯塔（Navistar）的广告。迪普伊（DuPuy）是全国顶尖体育律师之一，他作出以上推论也是很自然的事情。

但是，原告做了很棒的安排，他说：“我们在这个案子中要找寻的就是一个全美橄榄球超级杯大赛的广告。”

当然，当一个律师将对方律师的错误逮了个正着的时候，他就尽其能事揭露他的错误，不是吗？

不一定。俄亥俄州克利夫兰市的埃里克·扎格柔斯（Eric Zagrans）律师代理一个集团诉讼案，当对方责备他没有引导（Shepardizing）其中一个主要案件的时候，他就陷入了复杂的集团诉讼审前争夺战。（intricate pre-trial jockeying）对方要在上诉程序中推翻的决定是地区法院作出的。显然埃里克陷入了尴尬的境地。

对方辩称扎格柔斯的案子实际上比看上去还要处于弱势，这还不够。他还对初审法官说，这种“粗制滥造”就是决定性证据，证明扎格柔斯不应该参与这起案件，不能代理集

团当事人。

扎格柔斯等不及，回过头去从书本中找寻他为何犯了如此低级的错误。

他宣读了上诉裁决，很显然该决定推翻了初审法院的裁决，但是有什么地方不对劲。初审法院是对的，案件名称也对了，但是其意见并不能支持初审法院的决定。

扎格柔斯终于知道怎么回事了。上诉法院推翻了一个别的初审法官的决定，但是扎格柔斯所依据的决定并不是出自这个初审法官之手。

怎么办？

扎格柔斯的意见没有被上诉法院推翻。当时初审法院接到了两起名称相同的集团诉讼案。这两个案子在终审之前都形成了书面裁决。另一个案子被推翻了，而扎格柔斯的案子却没有。

对方引用错误的案子，这恰好证明了律师要做好辩论，首先要做的就是谨慎处理细枝末节的事情。

放松警惕（taking your eye off the ball）

在一起官司中，案件理论就好似球。不注意球的话，麻烦就大了。忘记案件理论是初涉律师界的律师犯的错误——老练的出庭律师不会犯这种错误，是吗？

一个老练的辩护律师——我们叫他弗雷德——是一起 DES 案件的辩方律师。女人的孩子声称，他的母亲服用了抗流产药 DES，最后被诊断出得了癌症。

根据该司法辖区的法律规则，任何生产 DES 的产家都要参与诉讼，除非他能证明本案原告母亲没服用他家的药。

原告母亲依然健在，她要在本案中作证，她在作证时说，她清楚地记得 40 年前她服用的那些抗流产的白色小药片。

对于弗雷德来说，这个证言就足够了。他是那种不安于现状的律师，他很喜欢交叉询问中的挑战。这一次很猛烈：

已经过去 40 多年了？现在你没理由记住这些特殊的药片吧？你之前还服用过许多其他不同的药？有多少种药？上百种？上千种？不都是白色的？有些是红色的？蓝色的？粉色的？但是现在你却说你服用的那种药是白色的？你明白这需要很谨慎才是吗？你知道你的证词是陪审团裁决的基础吗？

原告母亲的回答很缜密：“你知道吗，你说的对。已经过去很长时间了，我自己也不确定。这些药片也许不是白色的，可能有一些其他的颜色。”

现在唯一的问题就出在，弗雷德代理的这名被告，他生产的恰是粉色药片。只要药片是白色的，弗雷德的委托人就能脱身该案件了。然而，由于弗雷德猛烈的交叉询问，他的直接裁决动议被驳回了。

错误的信息

很多情况下都会说错话。来自科罗拉多州丹佛的吉姆·卡里根（Jim Carrigan）法官说，很多律师在用政策性辩论攻击一项法令时都是说错话。说一项法令不适用于现时的情形，或者攻击它的合宪性，都是一回事。但是卡里根法官说，律师攻击一部联邦法令的方式一般是说它的潜在立法政策于国家不利。

“司法审查不是我们的工作。”卡里根如是说。提出“不好的立法政策”的论辩是在要

求法官做他无权做的事情，不光是这样，这也等于承认了该项法令的字面意义是对你不利的。

兰迪·麦吉恩（Randi McGinn）说，如不必要，攻击一个好人是不对的。他说："攻击受害人，特别是当他还是个好人的时候，特别容易让赔偿翻上几倍，因为陪审团对攻击的律师很是不满。攻击受害人就像射击国王。倘若你真的这么做了，就要确保一剑毙命。"

或许最危险的错误信息就是那种，你思前想后了很久，最后相信是真的信息。

珍妮·弗莱明（Jean Fleming）是加利福尼亚州帕罗奥图市的一个陪审团研究机构的负责人之一，他就解释了上述最危险的错误信息的来龙去脉。

"你开始倚赖于某一个你情有独钟的论辩，"弗莱明说，"打个比方，假设你掌握了很有用的数据信息。所有数据都由一位经济学专家进行了解释。而且证明了你的观点正确。现在的诱惑就是你孤注一掷，把所有筹码都押在这些数据上，别的不管了。"

"遇到技术性问题时，"弗莱明说，"很多人的注意力只放在有限的范围内。案件的核心是情节、行为意图和主体。当陪审团无法理解你的陈述时，他们就将注意力转移到他们能够理解的事物上去了——尤其是行为意图和主体。"

"重点是，"弗莱明说道，"不要把辩论中心放在事实发现者不感兴趣或不理解的一些方面。"

"有意思的是，"弗莱明说，"高水平的律师更容易犯这种错误，因为他们能够理解并重视这些技术性证据。"

冒风险

每一次辩论和陈述，每一场交叉询问，每一项事实的证明都存在风险。至于说消除危险辩论的唯一方式，那就是压根不制造危险——这最终又意味着息事宁人、案结事了（只是这样做的代价很高）。

下面有一些方法能减少在你身边出现的这些辩论风险。

第一，提防这种激动情绪，即在陪审团面前的第一次出击。

第二，在真正开始之前，要试试你的辩论——特别是类比法。一旦对方将你的类比反过来攻击你时，恐怕没什么比这更有毁灭力了。

第三，如果你要做一次有风险的论辩，尽量在对方无法回击的时候。如果你是原告或者检察官，把风险论辩留待反驳证据或证人时再用。

第四，成败与否取决于情况。堪萨斯城密苏里大学的吉姆·吉恩斯教授说律师就是教练，你的案件有多少麻烦决定于你。已是第四回合，而上一回合的 30 秒很长，如果此时你还是落后的话，你就要出击了。

吉恩斯说了一个案子，被告——一个脊椎推拿治疗师错误地诊断了一名女士的病情。整体来看，案件对原告有利，被告唯一的机会就是总结陈词，去攻击原告证人或者辩称原告根本没病，但是事实正好相反，他们采用了不同的路径：

"没错，她去了脊椎推拿治疗师那里。"被告律师说道，"去接受背部按摩治疗。每个人都喜欢这种背部按摩。我的狗也喜欢。那个脊椎推拿治疗师的工作就是背部按摩。那就是为什么人们愿意去他那里——因为他们想要接受背部按摩。"

被告本人并不乐意律师作这种辩论陈述，因为这给所有人的感觉就是他就是个窝囊废。但是，这样的辩论陈述就是奏效了，被告胜诉。

第 83 章 最后五点

不管在陈述中发生了什么事情，我永远不会放弃最后五点——最后五分钟的反驳。

比尔·科尔森，迈阿密（Bill Colson，Miami）

每个案件我都要经历最痛苦的五分钟。在最后五分钟，如果你仍然处于弱势，那是非常可怕的，你需要赢得陪审团的好印象，使陪审团站在你这一边。

纽约市西·哈瑞斯（Jo Ann Harris，New York City）

如果比尔·科尔森和西·哈瑞斯的话让你觉得总结陈词中的反驳重要而又艰难，那就说明你已经整装待发了。

令人意外的是，总结陈词的反驳究竟有多重要、多困难，作者、演讲者以及出庭辩护培训项目几乎不予关注。拿起一本关于出庭辩护的代表性书籍。看看其如何彻头彻尾讨论反驳的部分。扫一眼那些描写出庭辩护的演讲系列的法律教学手册，找一找反驳的部分。连续一周、两周或者三周去一个大的书店，找一些出庭辩护的书，看看它们在反驳上花费了多少笔墨。

这些都反映了律师们对待反驳的态度。有些律师几乎将其发展成为一种独具一格的艺术形式。而多数律师则是花上很少的几分钟，进行反复的辩论，重复那些已说过好几遍的话。他们是将反驳视为一种说教的重新开始。

为数众多的律师都明白最先原则和近因原则的优势所在。可能他们知其一就明白另一个了。律师们理解最先原则——最先开始如何具有优势，因为它增加了一项评论被接受或者一项事实被相信为真的可能性。他们小心翼翼，利用最先原则的优势塑造有说服力的开庭陈述和主询问。

这些律师也明白近因原则。他们知道最后说的话会持续萦绕在陪审团的脑海中，久久不会散去，而且最容易被想起。但是在主询问和反驳时，他们不知道利用近因优势进行准备。相反，他们依赖于异想天开（懒惰的）神灵那片刻的灵感，希望能提供给他们魔法的语言，扭转大局。

这是一种错位的信仰。正如加利福尼亚州圣弗朗西斯科的约翰·伯吉斯律师所言："没有法庭上的天才，只有庭外埋头苦干的员工。"如果你想来一场精彩的反驳辩论，你要在事前做足功课才行。

虽然许多州各有其不同的形式，但是反驳的目的旨在给承担证明责任的一方当事人一个机会，来回应对方的陈述与辩驳。刑事案件中的控方，尤其（但不总是）是民事案件中的原告承担主要的证明责任。他们可以放弃最先作总结陈词的权利。与最先作总结陈词的权利相伴随的是，证明起诉的责任。对方——主要是被告——有权作出回应。反驳意在给予原告回应被告辩驳的机会。

回应很重要。在大多数州，法律不允许原告在反驳中提起新的要求，除非他适当地回

应了被告的辩论意见。反驳的本意不是用作回答被告回应的机会。

但是，并不是每个州都那样做。比如说在北卡罗来纳州，原告和控方经常放弃他们最先作总结陈词的就会，让被告方先来。他们将最后的陈词放在最后。原告的所有反驳意见都已混杂在总结陈词中。正如北卡罗来纳州罗利的查尔斯·贝克顿律师所言："整场的总结陈词就是反驳辩方意见。"

北卡罗来纳州处理反驳的做法是一种根深蒂固的习惯做法。从他们对于一项特殊规则的反应就可窥见一斑。根据北卡罗来纳最高法院和地区法院一般行为规则第 10 条（Rule 10，North Carolina General Rules）的规定："所有案件，民事的或是刑事的，若被告未提交证据，开始陈词和结束陈述的权利将属于他。"这就意味着，如果被告没提出证据，那么被告可以第一个陈述和最后一个辩论。北卡罗来纳的律师是如何利用这一不寻常的机会的？得到这个机会的一方当事人是不是通常第一个和最后一个说话？根据北卡罗来纳州罗利的唐纳德·伯斯坎德（Donald Beskind）的说法，他们放弃了最先开始的权利，使得整个总结陈词成为了反驳。

除上述奇怪做法之外，反驳还意味着回应的权利。比如说在俄亥俄州，如果某原告在反驳的一开始就提出关于伤害和痛苦的"按日赔偿"陈词，那是极不适当的（*Grosnickle v. Gemantown*，3 Ohio St. 2d 96，32 Ohio Op. 2d 65，209 N. E. 2d 442（1965））。可以的做法是，先计算一天的伤害和痛苦，然后用原告将来的生活日乘以这个数目。但是这种做法只能出现在总结陈词的一开始。好让被告人有机会回应。

然而，即使你能将最后的陈词留在最后用，这也不见得是个好主意。人们——法官和陪审团——只认同他们自己的观点。一旦他们形成了自己的看法，很难去动摇他们。如果你刻意地让陪审员形成了错误的观点——相信你能在反驳中将其驳倒，你是在玩火自焚。危险就在于陪审团会一直坚信自己的观点——因为这是他所相信的——认为你在攻击他个人，并对你心存芥蒂。

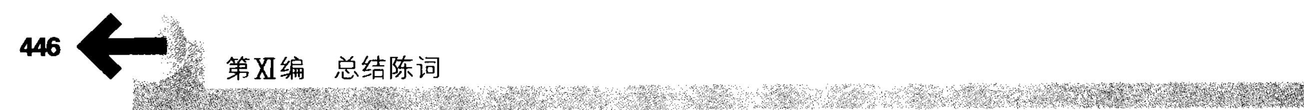
正如克雷格·斯潘根贝格所言："倘若我在开庭陈述中让陪审员相信我说的话，被告人可能会稍微动摇他们的信念，一个简短的反驳即可扳回他们的信任。但是，如果在开庭陈述表现很差，留给陪审员未决的问题，我这是在给被告人打开了方便之门，他们用一个有力的辩驳使陪审员形成对其有利的观点。在反驳意见中，不管我怎么说，也无法动摇陪审团已形成的看法。"（*Craig Spangenberg*，*Basic Values and the Techniques of Persuasion*，LITIGATION，No. 4 at 16（Summer ，1977））范围有限意味着时间有限，反驳通常只持续 5 到 10 分钟。在开始总结陈词之前将时间空出来用于反驳，这是个不错的想法。在有些法院，不保留反驳的时间被解释成是一个弃权者。

反驳的方法

好，既然反驳如此的重要，你要保证不要虚置这个权利，要怎么做呢？

加利福尼亚州圣弗朗西斯科的芭芭拉·考尔菲尔德（Barbara Caufield）律师——前联邦地区法院法官——将反驳分为两个部分。她首先准备的是第二部分，也就是整个案件的总结陈词，最后要说的话。这些话源自于案件的主题，但并不是单纯重复主陈词辩论中说过的话。不管被告人是否说了需要作出回应的话，第二个部分放在那里备用。

接着考尔菲尔德准备反驳的第一部分，她说："这部分反驳必须有一个叠句——这样一种观点，一遍又一遍地重复与攻击与对方陈词有关的陈述。"打个比方，假如你提起了指控，辩方挑选该案的调查阶段的警察程序作为他们的整个观点。辩方的总结陈词就是列



举100种他们认为的警方的不当程序。你可以用以下方法来做第一部分的反驳：

辩方说控方没有请联邦调查局来调查案件，这一做法是不对的。那不是迈克·希金斯的辩护。指控阿拉斯加检察官不知道如何调查案件是错误的。

辩方说警察本应再多拍一些犯罪现场的照片。那不是迈克·希金斯的辩护。那只指控安克雷奇警方对该案无所作为。

辩方说……接着每一个论点的回应都与案件主题有关：那不是迈克·希金斯的辩护。

在这种制度体系中，反驳的第一部分要在审前准备好，接下来就是要在总结陈词辩护时做笔记，并列出你想要在回应中说的点。这里有几种主题可以呈现辩方在刑事和民事案件中的烟幕弹（smoke screen）。

- 本案与交通信号灯无关，它事关缺陷的汽车；本案于天气无关，它事关有缺陷的汽车。
- 摩根电力公司出尔反尔。它违反了合同。原因呢？他们的律师告诉你他们刚刚安装了一套新的计算机系统。那不能成为他们出尔反尔的合理理由。那只能解释他们为什么慢了点，而不能成为他们拒绝兑现承诺的理由。他们的律师告诉你他们的事务空前繁忙，那也不能成为他们出尔反尔的理由……

当科罗拉多州丹佛地区法院的法官吉姆·R·科瑞根（Jim R. Carrigan）审理案件时，他将反驳看成是引导案件情感走向的一个重要方面：

将公平贯彻于案件的始终——陪审团看得见的公平——是基本的要求。我努力成为法庭里的“公正之王”。关于反驳，我想谈谈公平和正义——并在谈及损害赔偿时进行我的最后一击。

我试图启发陪审团作出正确的事情，等到他们晚上回到家以后，在多年以后回首当天的情形，他们会为他们作出的裁决感到自豪。我跟他们说，这是我最后一次机会跟他们说话，当事人的命运就掌握在他们的手里。这也是他们最后一次能给予原告最充分的正义。如果他们只给予了原告一半的正义，就有一半的不正义，他们的裁决也不会令他们引以为豪。

伊利诺伊州芝加哥的汤姆·德梅特里奥（Tom Demetrio）的方法则是独一无二的：

整个过程中，我几乎没有反对过。除非对方太过分了，我都不会打断被告的发言。我没什么好隐藏的。我并不生气，在陈述诉讼理由的过程中也没有攻击被告方。

我发现在总结陈词中，被告方几乎总是说出或者做出一些令人无法容忍的事情。如果我在反驳中进行回应的话，将会给陪审团留下深刻的印象。他们将认为我突然发怒有正当的理由，因为我在其余时间一直都很镇定。

我来举个例子。有个案件，我代理一个年轻女人，她的神经系统遭受严重创伤。除了会四肢瘫痪以外，神经破坏还损害到她的面部活动能力。在总结陈词中，辩方律师对我们的赔偿要求嗤之以鼻。“如果您如德梅特里奥的委托人所愿，给予那么多赔偿金，她将一路笑着去银行。”在反驳中，我非常气愤。我对陪审员们说，辩方律师的玩笑多么的残忍，原告已经无法控制脸部的表情——除了四肢瘫痪以外，她也不能再展开笑脸了，更不用说笑着去银行，辩方律师的说法多可笑。

有一次——在另外一个案子中——我为我在反驳中的情绪失控而向陪审团道歉。对陪审团说对被告陈述时我的愤怒反应，我感到抱歉。在裁决以后我与陪审员们的谈话中，一个有思想的老妇人跟我说：“年轻人，你不必感到歉意——是他活该。”如果陪审团要看到我在庭审中发怒，那就是我在反驳时，因为这时他们知道那是被告活该。

克雷格·斯潘根贝格（Craig Spangenberg）也持相同意见：



被告方陈述完以后，你站起来反驳，你可以表现出一点情绪出来，我们喜欢将之称为“奋起时刻”（rousements）。在此，你可以用藐视、讽刺和愤怒，重点是你要让陪审团知道愤怒和讥讽的对象是对方律师或被告的陈述或辩驳。不要直视陪审团，对着他们表达你对辩方律师陈词的愤怒，这只会使得陪审团感觉不舒服，特别是如果你情绪激昂，口水喷溅。

斯潘根贝格：《基本价值和说服技巧》。（Craig Spangenberg，*Basic Values and the Techniques of Persuasion*，LITIGATION，No. 4 at 16（Summer，1977））

西·哈瑞斯（Jo Ann Harris）认为，反驳就是对最初在总结陈词中小心翼翼埋下的伏笔进行总结：

我所知道的是，在你的开篇总结中，你应该为对方留下很多的问题。所有这些问题完全旨在诱使对方进入你的开头问题中，你希望在反驳中开启这些问题。

倘若做得好的话，会出现两种情形中的一种。第一种情形是，辩方上钩，开始讨论你的问题。既然是你的论点，顺着你的思路，这就决定了你在反驳时应该怎么回应对方的辩驳。第二种情形是，如果辩方无视你的问题，你可以指出他们是在害怕你的问题，然后再回答你提出的问题——以你的方式。不管是哪种情形，你都再次掌握了控制权，不管在哪种情形下，你都在以对你有利的方式回答这些问题。

经典的反驳辩论

不管你反驳的总体思路是什么，业已形成了很多被奉为经典的反驳陈词：

他们有意地挑选了证人

证明一起刑事案件免不了要质疑作证证人的品格。辩方总是会对政府方面的证人证言颇有微词。在反驳中，检察官回应道：

我简直不敢相信。约翰森先生，辩方的律师，就站在这里，质问着我们的证人。搞得好像是我们找他来作证是我们的错。我们没有刻意挑选证人，是辩方在挑剔。辩方当事人跟我们的证人是朋友关系。如果我们能自由选择证人的话，我们会找受人尊敬的人、社区领导者。我们找这些人——辩方正在质疑的人——作证，为什么呢？因为他们知道被告都干了什么。

不褪色铅笔

关于该次庭审的一切都可以以某种方法加以纠正。如果我或者约翰森先生在提问和陈词辩论中犯了错误，法官会纠正我们。如果法官犯了法律上的错误，上级法院可以纠正。法庭中每一个铅笔都带有橡皮擦——有一个除外，那就是你用来写裁决的那根笔。你做了一个决定，之后你发现错了，但已经成定局，无法改变了。你使用的是一个不褪色铅笔，所以你要慎之又慎。

出庭日（one day in court）

这是迈克·阿诺德的出庭日。明天，案件结束以后，你还会进行着日复一日的工作。马克蒙纳哥尔法官会继续审判另一个案件，我也回到办公室里。现在假设你没有判给迈克·阿诺德他应得的700 000美元。相反，假设你给了他400 000美元，看看他能不能靠这笔钱过活。当那笔钱用完之后，他还是不能恢复工作能力。于是迈克又来到法院说，马

克蒙纳哥尔法官，陪审团判的钱不够，我现在不知道怎么做。这时，法官只能对他说，他只有一次诉诸法律的机会，不能第二次来索赔。

豁免权保护事实

控方证人用提供证言换取了豁免权，在辩方攻击他之后：

辩方律师，也就是布兰查德先生，想让你考虑一下，杰西·诺兰的豁免权会不会多少让他的证言不那么可信。反之亦然。让杰西·诺兰陷入困境的唯一途径就是他在作证时说谎。他只有说出真实的证词才能获得豁免权。杰西与政府达成的豁免协议可能让你放心，他说的是实话。

现在再回顾这一切。假设你没有机会反驳呢，你能再做这些事情吗？

答案是肯定的。

预期的反驳

你要事先研究反驳陈述。不要在回应对方的第一次陈词后，就等着他反驳。处理得当的话，你甚至可以让陪审团开始站在你的立场来思考案件和证据：

这是我最后一次跟你们谈论案件了。我想说的话太多了，但是已经没有机会了。原告的律师，罗林斯先生还有一次机会。根据法庭规则，他可以做最后发言，但是我却不能回应他的发言了。

所以我要对你们说的是一些最重要的事实。你们知道的，如果可以的话，对方说的一些话我们本来是要回应反驳的，你们也了解了本案的所有证据了。所以，恳请您听听对方的发言，当他们提出一个观点时，就请替我们回应吧。如果您那么做的话，您就是公正无私的。



出庭辩护实践



第84章 与“狗”打交道：摆脱失利案

“动议，”贝斯·戈尔德如是说道，“是出庭律师最难应付的一部分，如果不是因为辩护律师提出的这些没完没了的动议，办案子实际上是相当有意思的。”

“不，”迪克·马吉尔说，“最难的是那些积压的案件，不必要的、重复的以及无止境的积案。”

“是调查。”里吉斯·麦科密克（他执业的头一年就是坐在电脑前，为信息询问者拟定一些华而不实的答案）。

“文书。”卡伦·克里格说。（他一度用了4个月时间在仓库查找一份吸烟文件（a smoking letter），结果一无所获。）

“不，”芭芭拉·斯汪森说道，“我所看到的每个案件总是充斥着太多的某方面的事情。一个案件是文件，另一个案件则是动议和调查。但为了给案件做好准备，你必须摆平这些事情。”

“让我头疼的就是这些‘狗’。你知道的——因州最高法院突然改变了赔偿法而遭受了3/4损失的案件；6个月前一高级合伙人给你的，你却不想去调查的失利案（loser）；你本不应该接的某件案子，因为那意味着你要掌握某一你不了解的领域的法律。”

弗拉什·马格鲁德笑着说道：“我想我是唯一有一窝‘狗’的人，问题是它们总纠缠我。每当我走进办公室，总有一些案件让我狼狈不堪。我知道它们必须得到处理，所以就早早地来了。但是，之后有些事情要处理，我就把这些案件推迟到当天最后才处理，只有到那时我才有时间。可是到时我又太累了，不想再做别的事了，或者我会再花额外的时间在一些实际上不必要的文件上，以消除我的内疚感。”

“因为处理这些‘狗’将使得我来不及吃饭，所以我第二天再去看它们——我知道这样做的真正原因是我不想打开那‘狗’文件，看到跳蚤到处乱跳。”

“对，”芭芭拉说，“你会在半夜里惊醒，还想着这些‘狗’。你在想是否超过诉讼时效（statute of limitations）了，又或者担心当事人会不会因为你对他的懈怠而去律师协会投诉你。”

“你们想太多了，”迪克·马吉尔说道，“‘狗’不是问题——它们就是一个走过场的形式而已（a rite of passage）。我刚进公司时就有一大堆（a foot and file）必须处理的案卷——大声吠叫的、挠头搔痒的‘狗’。诀窍就在于要在它们还没引起任何真正麻烦之前就将其摆脱，把它们推给其他人。”

“但是推给其他人存在两个问题，”迈克·皮列利说，“首先，如果你没有任何同事，你就无法把一个案件推给你的下属。其次，把案件推出去还是不能为你的委托人解决问题。”

“是的，”安格斯说，“事实上，每个人都有‘狗’案子。任何人都有，无一例外。”

"等一下，"弗拉什说，"我不敢相信大名鼎鼎的安格斯的案卷中也有'狗'，真正的、满身跳蚤的失利案（loser）?"

"治疗类选法。(Triage)"安格斯说。

"治疗类选法?"迈克·皮列利问道。

"这是一个法国词，"安格斯说，"它是一战时军事医生发明出来用以处理战争创伤的策略。数以千计的受伤士兵使得战地医院的医生和护士不堪重负，他们亟须一种能够分流出不同病例的制度来。"

"他们就作出了三种基本分类：第一种是可以行走的受伤者。即受伤轻微的人，这些人需要被细心照料，但是还可以再缓一缓。第二种是没有生还希望的伤者。他们受的是致命性伤害，医生已经无力回天了。医护人员竭尽所能地不要让他们太难受，但是也仅此而已。第三种是最具优先性的群体。他们受伤严重但是还可以被医治——如果他们能得到及时的关注的话。

"这有点残忍。"皮列利说道。

"有时当你面对的是有限的资源时，你就不得不表现的残忍些。"芭芭拉说。

"特别是，当你本身就是那个稀有资源时。"芭芭拉说。

"恕我直言，"弗拉什说，"我认为这没有任何意义。你们现在所有的都是三类受伤狗的案卷——仅擦破皮的狗，垂死挣扎的狗和皮开肉绽的狗。"

安格斯大笑道："好吧，我们不是一战时的法国医生，程序是一样的，但分类有些不同。但是，正如战地医生一样，你不得不作出一些残忍的抉择。"

首先是那些真正的失利案，需要将它们放手。你也不能把这些案件推给别人，因为没有人想要这样的案件。这样做的原因通常与经济有关，就是说理论上它是一个案件，但是实际上它没有任何价值。

第二是放错位置（displaced cases）的案件。可能这些案子值得某些人去做——但不是你。这种案件属于另外一个办公室，那里的律师有着不同的旨趣和能力，或者仅仅是收费结构不同。要对自己诚实，如果其他律师能够更好地服务于委托人，就把它让出去吧。这并不代表你承认自己的无能——这是在宣告你处理问题的能力。

第三是有着严重问题的案件——这些案件需要特殊的关注和创新性的方法——但是可以肯定的是，它们值得你花时间去做。

可喜的是，安格斯的"治疗类选法"制度奏效了。但是，还存在一些现实的难题需要你去应付。首先就是敦促自己着手去做。在一些律师的整个职业生涯中，他们总是拿出这些案卷，却从未花时间仔细浏览，不去看它们的内容，也不知道它们将去向何处。

如果你也属于这种律师的话，那你就已经低估了拖延的力量了——有种可能性是，虽然你接受该案件只有很短的时间，但这时已经临近起诉的截止日期和诉讼时效的结尾了（并不是说只在"狗"案件中才会产生以上问题，实际上这些问题可能集中存在于大"狗窝"旁）。

如果你连开展一项工作都有困难的话，那你就别指望开始把它做大。你必须要下定决心，这个周末腾出一个小时，浏览 10 件或者 20 件执业案卷——只要看看这些案卷的内容即可。一旦你深入其中，只要再用几个星期就能把这整项工作完成（并可避免以后的很多麻烦）。

如果你更习惯于以上述方法来完成工作的话，那么至少六个星期甚至四个星期就要下一次决心。如果你经营一家药品店，那就别梦想着不用擦地板（狗不会像灰尘一样聚集起来，但是它们还是会源源不断地涌来）。

既然你已经有了成堆的“狗”案件了，就必须着手处理，首先处理最棘手的。解决一个案件需要一些谋略，但是若你做得出色，有些当事人会对你心存感激的。

不要只是向你的委托人发出一封“狗”通知，告诉他这个案子不值得你花费时间，这种方法不会使委托人心存感激之情。

筹划一场办公室会议并亲自解释当下的处境，让当事人知道你是关注他的案子的，这也是你一开始就想帮他的原因。但是经过一番法律上的分析和事实方面的调查以后，你认为，最好的建议还是这个案子不值得他花费时间和精力。

但有一点你必须谨慎，当事人可能会认为你的建议就是法律意见，即他的案件不是法律意义上的案件。但是当诉讼时效已过而他又找到另外一个律师的时候，除非你能自保（CYF，Cover yourself），否则你会陷入极大的困境。

首先，必须向当事人说清楚，你的意思并不是说他没有胜诉的希望，只是那将付出太大的代价。告诉当事人，他当然有权获得第二种法律意见，并告知他：为了避免超过诉讼时效，他必须迅速采取法律行动。

其次，要以书面形式——不仅要用备忘录把你口头建议的主要内容记录在案卷里，还要以书面形式告知当事人。

仅告知当事人他不应该打这场官司，是否应该就此收取律师费呢？

实践中有这种做法，使得普通大众对律师们大为恼火。但是从另一个方面来说，那些精明的商人们则会认为告知当事人那些案件只是浪费时间，却是一种极有价值的法律建议。如果有人质疑这种收费行为的话，就当是一次教训（send your file to your education file），不要采取冒犯的应对方式。

为一个放错位置的案件找到其正确的律所要相对容易，越快找到越好。除非你实际上已经继续着手处理该案件并作出了很大贡献，否则就别想着要一部分律师费。

最后，你得想出一个办法来阻止“狗”案件在第一时间涌入你的办公室，为此，你得了解，它们是怎样蜂拥而来的。

这是因为你办公室的大门一直敞开着。如若你想到这一点的话，你可能会更加果断地决定是否要接受那些蜂拥而来的人的委托。

那样做是对的，但是在这一点上不要走得太远。你当时接这些“狗”案件的原因之一是希望找到一个途径来帮助那些受到不公平待遇的人——将知道你的意见是行不通的。

事实上，即使那些最铁石心肠的律师，遇到不公正的情形时也会心存怜悯之情，并且最希望为之主持正义——即使他们不妄想会得到律师费。所以还是要挑战一些潜在的困难——不论结果如何。

所以，不要把每个失利案（loser）都扫地出门。正如安格斯所言：“并不是每一个失利案都是‘狗’。”

第85章 始终让委托人满意

在她至今为止的法律生涯中，失去第一个委托人比其他任何事的打击都要大。她觉得这比仅失去一个案子要糟糕，毕竟在接案子之前胜负是不确定的。

但不同的是，这是她的委托人——一个小的电力制造公司，她已经为之打了好几场官司，并且场场胜诉，也是她为律所带来的第一批委托人之一。而现在她惊奇地——用“受伤地”才正确——发现该公司已经把他们的法律事务委托给另外一家律所了。

她思考了一下现状，觉得不可能是因为他们的法律业务素质不好，他们是一流的呀。实际上，颇具讽刺意味的是，当她把这第一个委托人带进律所的时候，她并不了解该公司的事务，不了解她自己的工作以及法律执业实践。

正如她所想，她的确是一个好律师，但是她不知道怎样才能让委托人满意。

对于所有律师来说，特别是诉讼律师，这种技巧是很重要的。由于她们的工作主要是在公众的视野下完成的，有些委托人会认为法庭是出庭律师真正开展工作的唯一场所。

取悦当事人是法律执业不可或缺的组成部分。而当事人不高兴时——通常情况下如此——一般意味着律师没有很用心地给予指导，或者没有及时让他们知道律师们正在为他们做什么。

这是一项艰难的工作，很多原因使然。阻止案件列表（a trial docket）向律师袭来产生了运作上的问题，年复一年，问题变得越发的糟糕。无限制发现的游戏似乎已经失控了。在效率要求的驱赶下，律师执业变成了一个紧张的冒着泡的大锅。当整个世界变得越来越失去人性化的时候，上述所有这些因素使得你逆势而行更加困难。

让委托人满意的秘诀

尽管存在以上困境，但是有一些委托人对他们的律师总是信心满满，以下就有一些保持当事人满意的秘诀。

合理安排时间

北卡罗来纳州达拉姆的唐纳德·伯斯坎德说，他让委托人满意的最重要的事情就是，让待处理的案件数量保持在一个合理的水平上，那样的话，他就可以根据个案情况分配时间。有时候，这表示你要放弃一些你想接的案件，但这是值得的。

疲惫不堪的律师并不是有效率的律师，即使你懂得保持委托人满意的所有细小举措，但是，如果你的案件数量很多，要不断处理临时的危机，那么你就没有时间来做这些细小的事情了。

活动

律师协会主办的活动、演讲、法律评论文章书写以及市民活动和慈善活动都很重要，好多律师会着手参加其中一些活动。但是一般的原则是，在办公室里，委托人居第一位。

关切委托人

对于得克萨斯州达拉斯的H. 史密斯来说，让当事人满意的关键是兴趣——你对委托人及其事务的兴趣。如果你认为你的委托人只是又一个参与到你的赚钱活动中的人，那么，他可能很快就会去找其他律师了。但是对委托人及其实务很投入的律师可能会逐渐认识到，持有这种态度将使其变成有价值的法律顾问和有效率的辩护人。

委托人来电时要和颜悦色

把对于委托人的兴趣转变为某些不会发生在你身上的态度。通常情况下，在与委托人谈话时要和颜悦色。当然，婚姻上的变故以及不确定的家庭电话可能使得律师们抽不开身。但是当委托人打来电话时，大多数律师不应该冷漠相对。

你可能不同意以上说法。毕竟，委托人打来电话，通常不是告诉你一些新的问题，就是因为你很长时间没联系他们了，他们想知道案子的进展情况。可能案件没有进一步的进展，你也没什么可汇报的，但是不回委托人的电话是最严重的错误行为，不管有没有正当理由，这都会使委托人产生怀疑，即你对他的案子不上心，你对他的事情置之不理。当然，最好的做法是，等到委托人开始担忧，在他开始焦虑和打给你之前就给他打电话。另外，委托人的一个电话仍是你向他展示你是一个出色律师的机会。

如果你是那种讨厌电话办公的律师，以上的建议可能令你很惊讶。但是教训还是深刻的：不要因为你讨厌某种工具，不喜欢这种工具给予了别人超过你的权力，就对委托人不礼貌，这种无名的愤怒可能会让你在某个未知的时间付出代价。所以要转化思路，学会驾驭这种电话办案。

及时回复电话

某些律师事务所很自豪地说他们有一个48小时或者24小时规则，即他们在一天或者两天之内回复所有电话。实际上，当天规则更恰当，也更能给当事人带来好印象，以下就是其操作方式：

除非来电已较晚，比如说下午4点，否则一律在电话打来的当天就回复过去。要一直遵守该规则，即使仅是让秘书回复委托人说有人正在联系你或说你会尽快回复他。秘书回复是遵守该规则的关键。平均来看，每天只占用几分钟时间而已，却使得委托人觉得他们对于你很重要。

执行该规则时，你要确保秘书的回话方式和蔼并专业。虽然有些秘书对老板毕恭毕敬，但是却出于太明显地保护上司以及竭力让委托人对自己印象深刻的意图，使得他们的老板遭受严重的损失。

打电话给委托人

如果你确实是在掌控整个局面的话，应该是你打电话给当事人而不是相反，即使是在不合适的时机，也不要羞于询问更多的信息。举个例子，假设某个星期三的夜晚，你工作到很晚，为提交材料做好了粗略的准备。但这时你意识到一些额外的资料可能会有帮助。

直接打电话到当事人的家里。告诉他你正在对案件做一些法律方面的研究，需要更多的信息资料。不管是深夜还是周末，甚至是等到第二天营业时，都应该打这个电话。你知道这会多有利于委托人对你产生深刻的印象吗？

随时等待委托人

回电话是整个宏大策略的一部分，随时等候着委托人，为其提供迅捷的服务。但奇怪的是，总是有一些律师对此不大理解。有个某中西部大城市的律师，他的前合伙人称其为“道奇”，因为他很擅长于躲避当事人，否则的话他将是一个很优秀的律师。一旦他的当事人突然登门造访时，道奇会戴上黑色眼镜，不坐电梯而是走下八层楼梯，这样就不用冒着碰上当事人并被其发现的风险。他56岁，律所的名誉合伙人和一个受人尊敬的出庭律师律师协会（trial bar）主席——对他来说走后楼梯还是有用的。

进行初步的解释

美国的公众并不是很了解我们的法律制度以及法律制度对他们的影响。大家对律师职业的概念还很模糊，总是下意识地拿我们和医生相比，他们能够了解的就是所看到的，但律师对一个有争议事实进行关注与研究的程度，他们并不知道。律师已经熟识所有的法律，因为他学过法律，剩下的仅是理解事实并将其运用于法律规则以得出结论的问题了。在知道了一般人的想法以后，你可能会认为应该给每个新的委托人上一堂小型的公民学课程。其实不然，那将浪费你的时间和精力，那样，你的工作量就太大了。为了委托人，也为了你自己的利益，你应该告诉他们以下情况：

1. 你答应做的事。

2. 费用安排——写下来。这不仅是一个好习惯，而且很多司法管辖区的实践规则都有这样的要求。

3. 他们可以期待的现实结果有哪些。这个世界不是完美的，法律制度也是如此。律师的作用是有限的，就像医生也不能包治百病一样。

4. 预算。有些律师更喜欢把预计花费提高，这样的话，一旦最后账单下来而结果有意外的话，那一定是一个好的惊喜。

5. 大概的工作期限。

随时向委托人解释情况

不能因为你不想在案件一开始就施加委托人太重的信息负担，就表示你的指导任务已经完成。有些事情需要随着你的工作进展而解释清楚，其中有些情况是在附誓陈述的准备阶段自然而然出现的或者其他情形。而其余一些事项，如对方提出的辩诉协议要约，可能需要大量的解释——也可能不用解释——这取决于委托人。在辩诉协商过程中，所有当事人都需要指导，这时你最大的失误就是没把辩诉协商要约告知当事人。对原告来说，在辩诉协商中最糟糕的两类当事人就是认为自己的案子可以得到更多或者认为应该得到更少的人；另外，对于被告来说，辩诉协商过程中的最糟糕当事人则可能是那些坚持原本并不适用的原则的当事人，以及相反，准备放弃立场的当事人。

将所有事项记录下来寄给委托人

所有文件、诉状、与对方的通信——所有与案件有关的东西，都要将副本寄给你的委托人。委托人是商人的情况例外，他告诉你用便函或者报告的形式通知他。但对于其他委

托人而言，寄出所有东西才是上策。

你会问为什么，佛罗里达州克利尔沃特的F·华莱士·波普会告诉你答案。他说，一般美国人一生中跟律师打交道的机会可能只有一两次，可能是40岁。再过40年，也就是他去世以后，如果你打开其个人保险箱的话，你将发现其律师给他的所有文件都在，整整齐齐捆成一堆放在那里。他从来不知道这些文件究竟是什么，但他知道这对他而言意义非凡。事实上他也不知道该怎样处理这些文件。

波普的看法是，我们与委托人之间达成了一种服务性的协议，但是该服务是不能直接触摸到的。将所有文件寄给委托人（无论是否附上解释）会向他传达一个重要的信息：你正在为他做些什么，而且在花时间费心思把它做好。

进行事先演示

有些委托人总是出席法庭，每隔一段时间就要指导他一下。有种方法就是及时更新法律意见书。马里兰州巴尔的摩的道格拉斯·卡恩则用另外一种方式，他以推出出版物和广播的形式，一年一次在他的办公室里为委托人开展一个培训，将诸如第五修正案的权利、隐私侵犯法以及诽谤法的最新发展都及时告知当事人。这些是无偿的，但是这会使得他的工作更加轻松，委托人也比较满意。

当事人总会遇到麻烦。生意人可能正处在破产的边缘，刑事被告人可能将被投入监狱，民事被告也许正在看厚重的裁决书，而原告则可能在经历一场人生灾难。来自俄亥俄州克利夫兰的杰克·莱布尔说，委托人需要：

建议者（advisors）

法律顾问（counselors）

知音

感兴趣的倾听者

社会工作者

也就是说竭尽全力地取得胜诉还不够，你必须能及时处理其他事情，或者帮他找到其他可以解决问题的人。当提到让委托人知道你是在关注他的案子时，莱布尔说，你必须持有这样一种态度：让你的委托人感觉到他的案子是整个律所里最重要的案子——对他来说是如此。

胜诉并不是本质

当下有一种说法："胜诉不是最重要的事——却是唯一的事。"其实这只是流于表面的理解。但是委托人自然是希望赢得案件的，事实上为赢所作的努力比赢的结果更重要。如果委托人知道他的律师已经作了最大的努力，并且他的案子受到了充分和正当的处理，那么败诉并不会对他造成很大的伤害。

假如你已经付出了最大的努力，让委托人知道这一点才是关键。要做到这一点，就需要提前打算，并与委托人交流你的想法。下面举一例。

假设你在一个商业案件中遇到很大的麻烦，就是当事人的商业记录存在一些问题，由于现在你要依赖一个不可靠证人的不可靠证言来证明案件的基本争点，所以你很为难。此时对方律师还没有发现你在这方面存在的问题。这时你要将你的想法告诉委托人，告诉他你已经提前查看了案件并建议你们再一次坐下来一起商量解决之道。正是因为你所知道的——毕竟你确信你的对手并不知晓——再一次与委托人商讨很有价值。

这不是你能给委托人的最好的消息，但是另一方面，这也表明你对案件的关注，他会

为之感谢你的。

不要让委托人进监狱

成功的刑事辩护律师想取得与其他律师一样的胜诉率。但是与好的民事律师的胜诉记录相比，即使是最棒的辩护律师，其胜诉率也是无法企及的。

如果获得无罪判决有困难的话，那辩护律师能为当事人做什么呢？“不要让当事人进监狱”俄亥俄州克利夫兰的吉拉尔德·戈尔德说。

打赢官司当然是最好的——同时也是最难的——不让当事人进监狱的方法，所以你还必须有其他办法：审前或者审后的保释，帮助当事人找到或保住一份工作以减少刑期，以及假释（work release）。

不要让委托人闲着

田纳西州诺克斯维尔市的罗伯特·普莱尔说，当事人会打电话来询问案件进展。尽管你非常努力，但是答案通常是“还是老样子”。但是，如果你也让他们做些事情的话，可能直到事情结束他们才会打来电话。因为他们有任务在身，如果没有完成的话他们不会打给你的。

那么普莱尔到底给他们分配了什么工作呢？

普莱尔是一个民事原告的诉讼代理人，通常，他让委托人将他们受伤的情况，甚至是一名死亡家属的生活写成“书”（book）。就在一起车祸案件中，他让死者——一个高中生——的父母将在这起车祸中丧生的人写下来，而这可能正是委托人乐意去做的事情。

“书”的目的是——普莱尔指定了主题的一系列“章节”——主要用来了解人物和案件事实。普莱尔通常让委托人把这些情况写在活页笔记本上，并且不要再抄写，除非书写难以辨认。普莱尔告诉委托人他不在乎书写是否工整与拼写是否有误，他想了解的是事实。他列出了他想要的“章节”的清单，如：阿伦在学校，阿伦在足球队，阿伦和伙伴们，阿伦和朋友们以及阿伦和他的计划。

“书”计划与某些律师让其当事人记的日记有关。日记很重要，因为它有助于当事人回忆起事实细节。如，原告背疼在春季和夏季发作，但是与因莫恩玛背疼而无法参加乔迪的高中毕业典礼而产生的悲痛感而言，这根本不值一提。所以，日记——民事原告代理人有时派给当事人的另一个任务——能指引他们弄明白他们每天所处的境况，以及因受伤而能做和不能做到的事情。

分条列述费用

好的记账方式可能不会使你的委托人喜欢你，但是不好的记账方式会使得他们讨厌你。没有什么比这样一句简单的话更烦人了：“法律服务费——67 250 美元。”

现在你应该听听对方的反应：“67 000 美元——太骇人听闻了。律师到底做了什么事情，值 67 000 美元？天哪，比两辆小汽车还贵呢！多拉，打电话给那个不择手段的律师，我要臭骂他一顿。”你刚刚从一个生意人那里拿走的这些钱是他 25 万美元损失的一部分。

如果你在接每个案子的一开始就向当事人解释清楚前述的五个基本点，那么上述状况发生的可能性会被降低。还记得哪五个基本点吗？在这里再说一遍，以免你再翻回去重看：

1. 你答应做的事情。
2. 费用安排——写下来。这不仅是一个好的习惯，而且很多司法管辖区的实践规则

都有这样的要求。

3. 他们可以期待的现实结果有哪些。这个世界不是完美的，法律制度也是如此。律师的作用是有限的，就像医生也不能包治百病一样。

4. 预算。有些律师更喜欢把预计花费提高，这样的话，一旦最后账单下来而结果有意外的话，那一定是一个好的惊喜。

5. 大概的工作期限。

然而，即使你在每个案子中都作了解释，也还是会遇到麻烦。以下还有一些额外的有用的步骤：

1. 避免意外发生。尽量把没预料到的情况以及由此增加的费用写清楚，不要等到几个月以后再写。

2. 要详细。账单上应仔细写明你为他做的每件事。如果你认为这将使得记账时间变成痛苦的考验，那你就错了。等到算账的时候你再来想这些细节的话，那才是痛苦的考验。你详细列举的时候也就是你填写时间表的时候，要详细，不要只写“法律研究，5.2小时”。应该这样写：“研究联邦航空规则和生产者信息守则的资格准入问题以表明被告方的过失。”

3. 将电话回访也纳入收费范围。许多工作都是在电话里完成的，就此收费具有正当性。但问题是，也有一些电话，是委托人不应当也不愿埋单的。有些律师甚至更倾向于收取一些私下的或电话里的会议费。

4. 报告信。详细列举的账单给出了很多的信息，但并没解释这些信息。而这正是报告书的作用所在。每个新账单里都要有报告书。报告书要足够长才能提供帮助。可以是这样：

亲爱的约翰森先生：

现在我报告一下我们上个月为您的案子所做的工作。正如账单所示，我们的大部分时间花在提取附誓证言上，而且进行的相当顺利。同时我们还需要进行一些法律上的研究，以确定联邦航空规则和飞机制造者信息守则能否作为证据在法庭上出示，以及是否能在庭审过程中向陪审团展示这些证据。由于在附誓陈述阶段我们的证人给陪审团留下了良好的印象，所以我觉得被告会增加他们辩诉协商的筹码，一旦我知道了我会通知您的。

真诚的

克拉伦斯·布莱恩

想想上面这段报告，你将会发现，除诉讼律师外，大部分技巧都能为其他律师所用。但是以下这些事情只有出庭律师才能做。

拟起诉状

请注意，草拟起诉状时不要让委托人产生一些不恰当的预期。有些司法管辖区要求在赔偿条款中详细列举每一项费用，通常的情况是，你所要求的赔偿额远多于实际上能得到的数额。最好是把起诉书拿来让委托人过目，无端捏造一些不切实际的赔偿项是不明智的。所以要谨慎，向当事人解释清楚，起诉书上的内容并不代表案件的实际结果。

许多司法管辖区已经不要求在起诉书中详细列举赔偿项目了。如果你所在的司法管辖区也不如此要求的话，你就能明白，仅要求“超过该地区法院规定的赔偿额”是个明智的做法。

为证人和委托人作证做好准备

为审判做一些适当的准备工作，其积极作用就在于它让当事人看到你是为了他的利益

而认真工作。证人作证准备就是准备工作之一。另外一种就是请你的当事人到收集其他人附誓证言的现场来。虽然有时不让当事人来到调查其他证人的现场是有理由的，但是让他到场有机会表明你在为他努力。由于在现代诉讼中，提取附誓证言有时是在法庭上进行的，所以这可能是当事人看到你努力的唯一机会。

让当事人到调查现场，还有其他益处。其一是缓和对峙局势。比如，在一起商业欺诈案中，原告提出了强烈的控诉，但是若他当场看到被告的供述的话，也许他的指控会缓和很多。其二是指引委托人采取正确的立场。一个顽固的、不肯妥协的委托人，可能会就此了解到对方的实力，因此对是否协商采取更为理智的态度。

总是表现得忠诚

你对委托人是忠诚的，毫无疑问，但同时也要将忠诚表现出来，让委托人看得见。有大量委托人并不能理解那种律师间的友好（或者至少是表面友好）关系。他们不明白的是，为什么你不能像他们憎恨对方当事人一样憎恨其代理人。双方当事人的代理人中途私自走开并会面协商的做法会引起各自当事人的怀疑。他们担心律师会为了私人的利益而出卖他们的利益，甚至当双方律师被同时叫进法官会议室时，当事人也会疑虑重重。

并不是每位委托人都在意这种事情，但这也足以促使你采取行动来减少或者消除当事人的疑虑了。首先，向当事人解释清楚，告诉他，律师和其他对手间一样也开一些善意的玩笑。这样，不知不觉地，诉讼中保持了和谐的氛围。其次，千万不要背着你的委托人与对方律师商谈。如果你觉得需要与某个人进行私下交谈的话，先考虑一下，这种私下的交流是否值得你去做，因为这是在冒险，当事人会误解的。或者，你可以告诉这个人你稍后打给他——这是光明正大的。最后，如果法官要求你们双方律师同时去会议室，你要征求委托人的意见，看他是否同意。

不要立刻举报贿赂行为

有些失望的律师透露，法官与对方律师之间的特殊关系或者相互勾结、甚至是对方律师的贿赂行为会让法官作出对他们不利的裁决。

当然，如果你认为事实确实如此的话，那你得采取一些行动了——不要把你认为的这些原因作为托词，辩护你在法庭上的糟糕表现。提出司法中的不诚信行为，是不好的策略，甚至会产生很糟糕的结果，于司法制度于你都不利。你的委托人会认为在这种不公正行为发生时你却无动于衷，或者认为你责难他人是在文过饰非，掩盖自己的无能。

事实是，不管你做得多好，也不会博得所有人的好感。正如比尔·科斯比（Bill Cosby）所言："我不知道成功之径，但是我明白失败之途就是试图取悦每个人。"

如果事后你的委托人把矛头指向你，反过来指控执业不当，以上这些让委托人满意的技巧都可以对你有所帮助，但是又远远不够。你必须懂得保护自己，而如何保护自己就是贯穿于"审判笔记"这本书的主题。就当下而言，还要记住另外两个技巧：给委托人提供书面法律意见，并附在案卷中，说不定什么时候有用。如果你的委托人实在难以取悦的话，最起码你能置身事外。

第86章 动议：与法官的对话

杰米·托里斯已完成了工作，了解了事实，研究了法律，明白自己下一步该怎么做。但是，她还是很担心——她的对手是温迪斯特姆与克拉舍联合律师事务所的高级合伙人桑德拉·范德沃特。

范德沃特小姐“强硬派律师”的名声与日俱增。在这起案件中，范德沃特向法官提出了速决判决（summary judgment）的申请，杰米的委托人是一家地方上的小型黏合剂生产公司——Fast-n-Tite，他起诉大福特信封生产公司违约，赔偿其350万。

范德沃特得到了温迪斯特姆与克拉舍联合律师事务所诉讼事务部的头——35岁的G.帕顿·奎斯特的指导，她提出了每一个可能的动议、反对意见，竭力阻止案件顺利进行，迫使杰米放弃诉讼。

星期四的时候，该动议在诺顿·沃洛普法官的办公室里被提出来进行讨论，杰米·托里斯叫我和安格斯星期二晚上去听一下她的辩论练习，好提出一些意见。

其实，对杰米来说，辩论练习倒没什么好担心的，她已经看过太多其他律师在地方法院动议辩论的实践，并将践行她之前的所见所闻。

安格斯向杰米解释了桑德拉·范德沃特之所以申请速决判决的原因，所以杰米就有了辩论攻击的重点。我也尽我所能表现的像我们最喜欢的保守派沃洛普法官，同时摆弄起了长椅上的录像机。

三分钟后，安格斯打断了练习：“停！你到底想干什么？”

“攻击辩方的所有论点呀。”杰米回答道。

“为什么要攻击所有的论点呢？”安格斯问道。

“因为这是对方的动议，我是持反对意见的——反对他的每一个论点。”杰米说。

“看看你都做了什么呢，在短短的三分钟内，你列举了至少15种论点，你的论据很分散，就像是被打翻的胡椒粉末撒得厨房满地都是。”

“但是我看到的律师一直都是这样做的呀。”杰米说道。

“但是那样有用吗？”安格斯说。

“那我应该怎么做呢？”杰米问。

“很简单——要以最小的论点去推翻桑德拉·范德沃特的动议。让法官知道，有一个很小的争议事实影响到该案的法律适用。

“当然，那并不表示你只挑选一个事实问题，讲出来然后坐下来闭口不谈。相反，对于所提出来的事实，你可以提一些有意思的技巧性问题——这些事实有什么关系以及是否紧密联系，强化你的观点。但是关于某一事实是否就是所争议的事实，该事实对于本案是否具有法律意义，这些都是难题。

“你的任务基本上就是找出对方论据中的漏洞，而怎样找对针对性事实以及把你的观



点形成框架则是核心所在。

“但是，不管你的观点是反对辩方的速决判决动议，要求法官支持你的诉讼请求，还是要求重新审判，你选择什么样的事实和怎样把观点形成框架从来都不是无的放矢——把胡椒粉撒在地上。”

“法学院教给我们的不是无的放矢，”杰米说，“学校教我们的是对你所想到的每一个可能的问题进行辩驳。”

“尽量往墙壁上抹上污渍，总会留一些在上面，是吗？”安格斯问，“你错了，一个完整的论据显然是由其致命点的性质所决定的。这就是最简单的‘分母效应’原理，与其有一大筐失利案，还不如找准一个小点。”

“可是，为防止法官不支持我的观点，我尽量多提出一些不是更保险吗？”杰米说，“这不正好说明我要提出尽可能多的疑点事实吗？”

“要时刻记住你的重点在哪，提出足够多的争点以使法官基于申请而改变不利的决定，这点当然重要，但是这并不是你的目标。无论何时，你的重点是获得胜诉，这相当于你的资本。此外，如果你想保留一些争点以备不时之需的话，要在辩护词中写明，这样就不必在口头辩论时重复了。”

我觉得杰米说的后一个理由有点道理，即可以多提出一些对方的漏洞事实，如果法官不支持其观点，还有其他后路。但总是觉得缺乏某些基础，我也说不上来为什么。

但是安格斯知道为什么，他说：“这就是斯蒂文·科威尔（Steven Covey）在其著作《要事第一》（*First Things First*）中告诫给读者的‘巨大坛子’道理（giant pickle jar）。”

某公司的商业顾问在公司做了一次演讲，主题是关于如何提高公司的管理效率，该演讲内容很快得到了其他人的认可。该商业顾问一开始没说话，他走到会议室前面，将一个玻璃瓶放到桌子上，将许多大石块从盒子里拿出来放到玻璃瓶里面，直到玻璃瓶里再也放不下石块，还剩有一些石块。这时商业顾问开始说话了：“还有空间放石块吗？”

大家都回答说不能，顾问拿来一桶沙砾，用铲子将沙砾放进玻璃瓶里，摇晃一番直到沙砾已经漫到瓶子顶部。“还有空间吗？”他又问道。大多数人的回答都是否定的，一小部分人说还有空间。

接着他又拿来一袋沙子，灌进玻璃瓶，摇晃瓶身直到沙子充满了瓶子的顶部，没有任何空余空间了，然后他问：“那现在呢，还有空隙吗？”有人回答说有，也有人回答说没有。

最后，顾问拿来一罐水，开始将水注入瓶里，摇晃了一下，水漫到了瓶子的顶部。最后他问：“这个实验意在说明什么？”

所有人都回答：“空间无处不在。”

“不是，”他说，“没有空间了，不能再往瓶子里装任何东西了。意在说明：先放大石块。”

要用科维的思想指导你们所做的每一个辩论和演讲。时间有限，关键不在于将胡椒粉撒在地板上，而在于把大石块放在首位。

我们休息了一会，吉米准备重来一遍。她说：“法官大人，我有四个理由证明对该案件适用速决判决是不公正的。”

我和安格斯终于放心了，吉米已经领会了我们的意思。

但是之后吉米开始讨论起法律来了，讨论那些著名的案子，不明了的案子，三次和四次考察（three-and four-prong tests），还有那些复杂的概念，学说以及主流原则。

安格斯再次打断她：“这些是最重要的？”

“当然啦，这是制胜的法律，如果法官跟着我的思路走，我可以获得法官的支持。幸运的话，在我回到律师席之前，沃洛普法官会作出对我有利的判决。”吉米说。

“所以，你的意思是，法律规则决定胜负？”安格斯问道。

“是呀。”杰米答道。

安格斯说：“但是，适用规则存在许多问题，规则很多，不管你想从哪个方面入手，都有规则的适用之处。但是实际上，除了最清楚明了的案件以外，所有案件都可以基于法律的可能性解释作出不同的决定。”

“你的意思是法律无用吗？”杰米很疑惑地问。

安格斯回答说：“当然不是啦，但是法律不会朝着你希望的方向发挥作用，你知道法律是什么吗？还记得我们小时候经常与小伙伴们玩的游戏——剪刀、石头和布，两个手指作V字状是剪刀，握拳是石头，而手掌摊开就是布。石头可以击败剪刀，剪刀又可以剪布，而布则能够包围石头。每一样都能打另一样，但同时也有各自的克星。就法律进行论辩就如同玩这个游戏。但是游戏只有三种可能性，而法律呢，规则、规则的例外以及它们之间的适用关系，千变万化，难以穷尽。事实上，规则为作决定提供理性的基础，但是作出决定本身则与它们没有很大关联。规则要被讨论，但是你得知道大多数的决定来自于人思想中更深层、更原初的地方。”

杰米又问：“那法官是怎样作决定的？”

安格斯说：“就是故事，包括人的内心原则（inner scripts)、个人经历、还有所呈现的事实与其他人的情感产生共鸣的方式。有史以来人们就是用讲故事的方式来理解这个世界的，通过故事人们知道、记住所发生的事件并对之进行解释。讲故事其实就是我们对信息进行加工的方式。”

安格斯接着又说：“其实，所讲的故事的制胜点在于其道德强制性，即必须改正和避免某些不当行为。”

杰米说道：“那好吧，就算我接受你所谓的讲故事的方式，可是我又怎样把它运用到我的论辩中去呢？我能否这样说：‘法官大人，请允许我讲一下昨天晚上我在骑车回家的路上所发生的一件有趣的事情吧。’”

“当然不能这样啦，任何论辩——有说服力的演说，其重要之处在于：事实陈述。将这些陈述结合起来，那么事实发现者将基于某种道德强制性形成其自己的观点，而该道德强制性正潜藏于你所讲故事的字里行间。”

杰米很惊奇：“哇，好深奥呀！”

“一点也不深奥，”安格斯说，“实际上相当简单，你自己试一下就知道了。花几分钟时间将你的事实加以整合——只要事实，没有任何评论。将事实整合后向法官讲述，很明显，桑德拉·范德沃特向法庭申请的动议是不公平的。”

“不加任何评论？”杰米问道。

“至少不要在陈述事实时评论，因为这与说服的技巧相违背：你越是告诉别人你的想法，别人对你的抵触感越是强烈。”安格斯说。

“人都是喜欢自己的观点的，所以你要做的就是，给出事实并将其整合为故事，让别人自己得出结论：这个案子中就是，对方的做法是错误的——是不公正的。只要事实不要评论，这就是辩论。”

“但是我不知道怎么用啊。”杰米说道。

安格斯说：“试一下，让我们看看。”

15分钟以后，杰米又试了一次，事实陈述结束时，我和安格斯很满意。

第87章 与法官作对

虽然是旁听，但还是能感觉到里吉斯确实很痛苦。庭审中，萨拉·雷丁法官让里吉斯·麦科密克离开法庭。我当时也在场，因为里吉斯真的是黔驴技穷了，不知道怎么办好，于是他叫我那天下午去旁听。

这就是麦科密克为冒犯秉公执法的（通常也是公正的）法官所付出的代价。

不管雷丁法官的言辞多么激烈，他都毕恭毕敬地回答。但是这种应对方式也没能使他的处境有所好转。

休庭期间，我们开始讨论麦科密克的处境。

我说："对，雷丁法官就是对你不满意，你到底做了什么事惹怒她了。"

里吉斯说："问题是，我不知道什么地方得罪她了呀。"

我就说道："你觉得法庭上出现这种情况是很正常的吗？不错，这种事情时有发生，但是雷丁法官不像是那种人，她不会无缘无故地迁怒于律师。"

"不管有没有原因，她还是对我发火了，而且问题是，我还不知道怎么办呢。"里吉斯说。

其实我不太相信里吉斯说的话，他怎么会不知道呢？但是或多或少还有那么回事。在休庭后陪审团回来之前，他站起来说道："法官大人，现在我可以说话吗？"

雷丁法官点了点头。

里吉斯说："法官大人，我知道我上午的所作所为冒犯您了，但是现在我只想说，不管我做了什么，我都不是有意冒犯您的。"

雷丁法官看了里吉斯一会儿，然后说："谢谢，律师先生。我只能说，今后律师在遵守庭前规则和证据规则方面要多加注意。"然后她转向法警说："请陪审团入席吧。"

过了一会儿，里吉斯告诉安格斯："我还是不知道我到底错在哪里。"

"让我来告诉你，"安格斯说，"雷丁法官告诉我了，她认为你故意违反审前规则，就被告方的驾驶记录问题进行交叉询问。"

"太荒谬了吧，"里吉斯说，"被告作证说他不是闯红灯的那种人，这就为我询问他的驾驶记录问题开了门，——所以我是顺着他的违规陈述进行询问的。"（so I let him have it with his string of moving violations.）

"那时法官的脸色已经变了，是吗？"安格斯问道。

里吉斯答道："是呀，有点。她询问辩方律师是否有反对意见，辩方说没有。没理由呀，连对方都没有反对，雷丁法官为何会迁怒于我呢？"

安格斯看着里吉斯·麦科密克说："里吉斯，有件事情有些律师从来就不知道，但是很重要。你要知道，最容易惹怒法官的就是藐视庭审规则。"

里吉斯说："但是我没有呀。"

安格斯说："其实你就是没有遵守规则，这正是你要明白的。

"雷丁法官就案件举行审前会议时，她已经同意了被告人的证据排除动议（motion in limine）——要求法官不公开涉及被告人交通违规记录的资料。

"雷丁法官已经同意了动议，这就是规则。很确定，一个关于证据排除的动议就是一个审前规则，是规则就有约束力，你必须遵守。"

"是被告人先提起了违规记录的事情，不是我提的呀。"里吉斯说道。

安格斯说："不错，这是你的理解，可是你没有经过雷丁法官的允许呀，即使被告人提到了违规记录，那也不能证明你就有理由进行交叉询问呀。还有，法官可能没仔细听，没注意到底是谁先提到应排除的证据的。可能恰好轮到你就违规记录进行交叉询问时，法官突然将注意力转移到了你身上，认为你违反规则了。"

安格斯继续说道："为什么法官会发怒呢，其实针对的是你的藐视态度，你无视她的审前规范。"

"那我到底应该怎么做呢?"里吉斯满脸疑惑地问道："交上一份十页的检讨书，解释一下，然后问法官我现在可以交叉询问吗?"

"不行，"安格斯答道，"下一次我跟你说一下挖苦这件事，你要记着提醒我。印度人有一句俚语：'不到万不得已，不要以挖苦对方取胜。'"

"不管怎么样吧，你现在要做的事就是，走到法官侧室（sidebar）跟法官和辩方说清楚，之前排除的证据现在已经被人提出了，所以这并不妨碍你就该证据进行交叉询问。实际上，那样做还一举两得，避免辩方就该点提出反对意见从而中断你的交叉询问。

"但是你要清楚，证据禁止是法官的命令而不是你或者对方的，只有法官才能变更这个命令，除她以外，你和辩方只能是望洋兴叹，无能为力。"

安格斯说的很对，最容易与法官发生冲突的途径就是无视他的决定。同时，以下这些方面也能轻易惹怒法官：

- 庭审或者审前听证时迟到。有人会认为，为什么法官能迟到，律师就不能呢，这很不公平。不管你是不是有这种想法，记住南本德印第安纳州的歌手汤姆说过的一句话："迟到的律师休想赢得官司。"
- 有当面反对对方（而不是与法官说）的想法，这样的后果就是使得审判庭变成了充斥着敌对气氛的叫骂场所。如果你不想陷入此种尴尬境地的话，有什么反对意见直接跟法官说吧，千万不要跟对方律师提及。
- 打断法官正在作出的决定或者正在进行的询问。最高法院法官之间能相互中断他们的发言，但你不可以这么做，一定要对法官礼貌。
- 认为法官作出对你不利的决定就是对你个人有成见，于是就怒目相向、愁眉苦脸、折笔摔书以发泄你的愤懑情绪。若是你有这些行为的话，法官可能不会立刻训斥你，但是他会大为恼火的。唐尼·丹是休斯敦得克萨斯州法庭的法官，他就说过："一旦我作出了一项决定，你就得遵守。很多律师应该停止发牢骚了，对于不利的决定，你要像对待男人或者女人一样，继续进行审判。"

由于行为不当而惹恼法官的情形时有发生，所以大多数律师都要记住这么一句话："法官可能是对的，也可能是错的，但是法官就是法官，你得尊重他。"

然而，总有一些律师在庭审时与法官发生冲突，而且经常发生，就快成为家常便饭了。

其中有些律师错误地认为，若他们与法官较量一番，就好似处于弱势的律师为了当事人的利益与不公正的司法专横进行英勇的反击。（顺便说一下，沃洛普法官说大多数持以

上想法而与法官对着干的律师都是那些憎恨权威的人。）

但是问题是，你想挑战司法权威的话，可能会使局势变得更为不利。伦纳德·C·施瓦兹是度量公司的员工，该公司位于加利福尼亚州的帕洛阿尔托市，主要从事陪审制研究。正如伦纳德所说，陪审员们绝不认为法官如律师们所称的那样不公正。施瓦兹就说道："陪审员是公民的一员，他们所看到的法官就是在尽职尽责地做到公平的法官——与陪审员的立场是一致的。"

"那就意味着，如果你想证明法官存有偏见，那是没有立足之地的，抨击法官就等于是抨击陪审员。"施瓦兹接着说道。

还有一些律师则是采取另外一种策略——他们与法官较量，看看谁能掌握法庭的控制权。威斯康星州密尔沃基市上诉法院的拉尔夫·亚当·法恩法官（Ralph Adam Fine）认为，律师的这种挑战来自于各个方面，既有潜在的也有明显的。法恩法官说："一旦让律师控制了审判庭的局势，一切都完了。"

法恩说，法官面临着大量的、各种各样的压力，举个例子来说，有些律师只说出法律基本原则，而相对来说，那些能直接援引证据规则的具体条款的律师，更有可能获得有利的判决。法恩说："法官很在意陪审员的看法，如果律师直接说出法律条款，法官甚至都不想去查看法律文本，因为他们觉得那样做会使得陪审团认为他们还不如律师深信法律。"

在面临不公正时，你不得不与法官兵刃相向，尽管存在风险。所以你还是小心为是。威斯康星州密尔沃基市的罗伯特·A·迪普伊（Robert A. DuPuy）说他最喜欢的一句话就是："这就好比告诉你的牙医，他在给你镶牙时把不好的空气也带进嘴里了。"这是不可避免的。

法恩法官说："就像驾车人希望驱赶他的倔驴一样，律师要想使法官摆正正确的立场，就不能使劲拉缰绳。他们必须学会旁敲侧击而不是挖苦讽刺。"

新墨西哥州阿尔布开克市的保罗·G·巴达克（Paul G. Bardacke）说："千万不要硬来，除非你非说不可。我最喜欢的一句话是'如果你想与佛对着干的话，首先你得练就一双金拳头。'"

第 88 章　与法官共事

以下事实很是令人惊奇。这个年轻的律师已经为应付对方律师、证人和陪审员做好了充分的准备，知道怎样避免烦琐的程序。但是，法官还是冷不丁地给了他一击。在回办公室的路上，他刻意不去所有律师都经过的商业区坐车，但是直到回到办公室时，他才意识到，在法学院里遇到的所有难堪场面里面，在自己的第一个委托人面前遭遇难堪是最尴尬的。

很多律师都遇到过这位年轻律师遭遇的困境。虽然大多数律师和法官之间都是相互尊重，真诚以对的，但是有时这种互不相犯的关系也会发生危机。只要片刻的怀疑、不信任的敌视和担心的情绪就足以摧毁他们之间的友好关系。

年轻律师认为，有诸多原因导致律师与法官关系的紧张。

大多数人想当然地以为法官就是法庭当中最明智也是最博学的法律工作者，因为选他们做法官就是因为他们的能力在律师之上。

但是律师则不以为然。他们觉得权利的诱惑——所谓的“黑袍热”（black-robe fever）——促使有的人想当法官，而有的人则是出于对权威力量的迷信以及对优厚待遇的向往——如法官拥有私人保镖和司机。

当律师成为法官，他们原有的对律师职业的忠诚，他们业已根深蒂固的偏见并不会自动地全然消失，可能会稍微缓和。但是就像猫很难一下子就改变身上的条纹一样，法官也不会很快改变观点。尽管法官想做到公正，但是已有的偏见会妨碍他们这么做。

选法官（任命或者选举方式产生）的过程很艰难。通常，即便是律师也很茫然，不知道该怎样投票，更别提平民百姓了，因为他们对于做法官应具备什么样的条件知之甚少。

此外，我们的反馈系统也落后了。通常的情况是，人们很少根据个案评价法官的公正与否。全国只有少数律师协会组织律师进行对法官的评估。而律师们去评估的时候，通常都会遭到法官的强烈抵触，就像老师不情愿接受学生的评估一样，两者的道理是相通的。律师协会称，有名气的法官不一定是最好的法官，而且，又没有提供给律师可资参照的评价标准。

由于法官的辛勤工作与其收入成反比，所以很多律师都不愿意做法官，出于经济原因的考虑，更多有能力的法官都重返他们的律师职业。

情况越发的糟糕。律师认为有些法官对他们不信任，他们并不理解对抗制程序。这些法官用证据表现和应适用的法律之外的因素事先决定好双方的胜败，然后再以其已有的决定来左右审判。

律师认为，法官实际上已经形成了一个新的群体，与他们本来致力于的目标大相径庭。前任最高法院首席大法官伯格认为，由于重心是我们需要辩护事业，所以他推进这一事业的发展，但他声称出庭律师——引以为豪的、独立的集合体——业务素质低下，这又

进一步加剧了法官与律师之间的分裂。

法官们的意见则完全不同，这很正常。当律师初次坐上法官席时，他们中的大多数都想尽量保持之前的人际关系。但是往往事与愿违，老朋友之间有时会闹翻——大家并不确定新的职位究竟将意味着什么。然而，那些在做律师期间不认识的人可能突然从背后拍他们肩膀打招呼，附和他们开的玩笑。经过星期五一天的辛劳工作，新法官出去喝杯酒，这时他发现老同事竟然为他埋单，突然间他们之间就有了距离感。

一瞬间，法官似乎明白了，他们总是辩护制度的责难对象，他们觉得孤立无援。

其实事实就是如此。迫于首席行政法官（chief administrative judge）对办案高效率的要求和接踵而来的案件压力，这些法官几乎处于崩溃的边缘。律师带来一个接一个的案件，最终导致法庭里的诉讼拖延和时间浪费，分配给法官的办公秘书人手也不够。如果专家信件与他们对案件没有直接关系，他们就自己打印。最需要书记官的法官往往没有书记官，而清闲的上诉法院法官则配备了很多的书记官。

律师们一方面掩盖事实和法律，另一方面却又故意上诉，法官被这些伎俩所蒙蔽。有时一个明显合理的请求或辩护被那些无能和不负责任的人所破坏，因为结果与他们无关，反正能拿到律师费。只有这时，法官才会倍感气愤。

法官们认为他们是在主持正义——正义这个目标其实是难寻的、模糊的，似乎与裁判者的形象是不符的，因为法官只是一场游戏的裁判员而已，只要负责开球和吹哨即可。

通过法学院的学习，对法官进行培训还是有点作用的，这些学校主要提升他们在认定事实和适用法律方面的能力。

但法学院的培训会产生一定的副作用。受一些大胆“学生”的鼓舞，法官们学完归来重回审判席时，即使面对好的辩护意见，他们仍然适用死板的法律规则，完全没有变通的余地。

有一个极端的例子。俄亥俄州的联邦地区一个法院法官制定了长达 23 页的一系列复杂规定，出庭的律师必须遵守，但是只能手抄，禁止让法官去复印。该规定要求：除非法官同意，否则律师必须待在证人席后面；不允许说“我反对”；律师的公文包一律放在律师席下面；更有甚者，宣读证言时要使用同一音调，禁止变换音调。

律师们对以上所有这些事情极为不满，很多人反对法官限制法庭上的发言。律师交叉询问时若侵犯到证人的领域，会对证人不利，但可以采取一些更好的措施来防止。但是如果法官无法做到不同情形不同对待——即不管是一般情况，还是偶尔发生的情形，都由同一规则调整——那正是法官的真正无能之所在。

有些律师认为法官制定这些规则的直接目的根本就不是保护证人。相反，他们觉得这些规则是故意设计出来对付律师的。因为，如果你能把一个人逼到死角的话，那么这个人就不大可能反击你的话。

面对法庭的限制性规则，部分律师的观点更加悲观。他们认为这些规则反映了对抗制制度的不可信性。有些法官不知道，其实法律只是从事辩护事业的框架性指导，而律师的工作就是要使这个框架性指导发挥作用。有些法官并不信任律师的作用，却对纠问式制度情有独钟。他们试图通过干预律师的工作来削弱我们现有的对抗制制度。

但令人意外的是，实践中，真正奉行的就是纠问制。实际上，大多数法官和律师都是相当友好、合作的，因此办案效率也是很高的。他们都意识到确实需要有法官来主持程序，并欣然为之。但是一旦有想法的律师与法官共事，事情往往就不那么理想了，所以需要他们共同解决这些问题。

首先就是要致力于形成法庭内的礼貌。律师应该遵守以下这些规则：

- 法官和陪审团入席时起立，也要让你的当事人起立。
- 要站着在公开的法庭上发表言论。但在法官办公室里通常用不着站着。
- 在法庭里称法官为"法官大人"。"法官"听起来不够礼貌，但当你与陪审团对话提到法官时应该用"法官"而不是"法官大人"。（如"麦克莫纳格尔法官将会就那句话的意思进行指示"。）
- 要站着提出反对意见或者接受反对意见。
- 直接向法官提出反对意见或者其他意见——不要向对方提出。
- 对于法官作出的决定，不要表现出明显的不满和轻视。如果你不同意法官的决定，可以提出申诉，但是不要惹恼法官。
- 不要因为法官作出了一个决定就当面说感谢的话。有些律师认为这样可以让法官错误地以为该决定并不存有偏见。但是，实际上，这样可能会使得法官生气，他们会回应说，他们的决定是根据法律作出的，并不存有偏见。然而，如果你要求法官作出一个决定，比如短暂休庭，当要求被许可时你倒是可以向法官致谢的。
- 站着询问证人。（除非你所在的司法区有奇怪的规则，即没有法官的相反许可，一律坐在律师席询问证人。）
- 要求庭审记录反映你想要的内容，而不只是单纯地宣读。有些法官更乐意于律师说"庭审记录可以反映我想要的内容吗?"，而不是"让庭审记录反映我想要的内容"。两者的差别倒是无伤大雅，如果你想让法官满意于你的话，当然采取前者。
- 如果法庭有规制律师举动的规定（这种法庭规则日渐流行，但不是必要的），走向证人时要经过许可。
- 不要倚在法官会议室的位子上。并不是所有法官都讨厌这种行为，但有的法官真的会为此生气的。

以上规则背后的核心理念就是尊重法庭。可能你并不尊重法庭上的法官（这种情况很不好），但是尽量不要表露出这种情绪。这种情绪一旦表露，就很难说服法官接受你的意见。如果还有陪审团的话，你对法官的不尊重态度还会冒犯到他们。如果你真的是无法对某个法官表示尊敬的话，至少要表示你对法官这个职位的尊重。

礼貌还只是最基础的。如果你想成为卓有成效的律师，你应该获得法庭对你的尊重。艾伦·M·德肖维茨曾告诫，他所谓的"忠诚律师"（Integrity Lawyers）可以通过为委托人提供好的法律服务来赢得好名声。参见 A. 德肖维茨：《最好的辩护》（A. Dershowitz, *The Best Defense* 404, 405 (Randon House 1982)）。

当然，有些出庭律师可以做到——但不多。我们希望成为全心全意为我们的委托人服务的职业体。但是德肖维茨的看法，即忠诚的律师和有能力的律师相冲突，这一点有点误导。

事实是，忠诚的确是诚信不可或缺的部分，而诚信是有效辩护的必然要求。仅仅有礼貌还不足以获得诚信的名誉。

1. 准备充分，及时行事，礼貌待人。
2. 证据规则和程序规则了然于心。
3. 了解行为规则并遵守之。
4. 避免不必要的论辩，那会削弱论辩的说服力。
5. 陈述事实和法律时要谨慎。若是你发现什么地方有误，立即纠正过来。
6. 如果你是一个法律创新主义者——超越法律现有的含义而加以合理延伸——尽管说出来。法律创造性与不可信性之间的区别就在于让法官知道你的解释具有创新性。

7. 说到做到，绝不食言。

8. 不要以威胁法官的目的上诉，如果有必要就提出上诉。

仔细看看以上列举的几条你就会发现，这些建议是：了解并遵守某法庭的本土规则（local rule），实际上这就是所谓的“试探法官”（scouting the judge）程序的一个组成部分。若你碰到一个陌生的法官，要提前了解他，以避免庭审时出现尴尬的局面。有些法官很容易试探而有些则不是。例如，芝加哥库克县巡回法院的沃伦·沃尔夫森法官就写了一份清单，上面解释了他希望律师遵守的11项基本规则。

如果你在一个不太熟悉的司法区执业，要求将会更多。如果执业地区还算近的话，就没必要找当地律师协助。但有些情况下，比如在其他州——甚或是离家很近——聘请一个当地律师可能才是明智之举。

要做的还不止如此。

要学习其他知识还有一个技巧，即不仅要试探法官，还要试探其他人。要了解你所执业的整个地区。田纳西州诺克斯维尔市的鲍勃·普莱尔称执业试探的过程是“测量当地的体温”。而如果是在小城镇的话，最好找一个离法院最近的理发店来进行这项工作。普莱尔在田纳西州南部中心城市的一次试探正是最好的例子。正是在普莱尔执业的那个城市的理发店里，他发现，原来表面友善的小镇据说就是三K党的活动地——他从理发店墙上的历史牌匾上获知。

还要考虑另外一些情形。与之前的法庭礼节问题和赢得法官尊重不同，以下这几个方面可以被称为与法官共事的理念：

- 不要顽固地或是故意地违反法官命令。
- 法官作最后决定后，不要再继续争论了。知道何时停止，展示证据而不是持续争论。
- 能提出概括性反对意见（running objection）就尽量提出。
- 对对方要宽容和有礼。记住，法官不喜欢法庭内的争吵。
- 不要因为怕对方发现破绽就不向法官申请命令。从审理利益考虑，法官讨厌拖延。
- 以法官希望的方式行事。一旦法官提示你，他希望你用何种言辞来表达，那你就用那种言辞。如果你觉得还需要其他言辞，保证把他们加进去。但是，千万不要为了你自己的利益而坚持使用你自己的术语。
- 不要对不利的决定心存偏见。认为不利的决定是对自己的侮辱将会使得法官变成你的假想敌。
- 给法官留面子。许多法官宁愿坚持他们明知错误的观点也不愿意在陪审团面前承认犯错。如果你认为法官的错误对你有影响，去法官室（sidebar）说明。说清楚为何你认为的决定是正确的。对于最初的错误要勇于承担责任——如承认一开始的论辩并不恰当——这样法官就有后路可退了。
- 对抗制程序是给律师适用的，而不是法官。不要与法官展开论辩（你是不可能赢的）。史蒂芬法官在田纳西州大学律师学院的一次演讲时，就将其题目总结为：“法官有可能对，也有可能错，但是法官就是法官，你别想跟他对着干。”

如果你还记得之前提到的取得法官敬重（就是在法官出错的时候要勇于指出来）的建议，那你就已经理解了，关于与法官共事的建议不是要求你纯然姑息权威的错误，这点很重要，特别是当法官的偏见、歧视和专断已经达到了容忍的底线。

真的是有这种法官，而且任何级别的法院都有。他们是令人反感的、不可容忍的仗势欺人者，或者是每一轮程序都在暗地里搞破坏的敌对方。法官作出的有些决定可以不说明

理由或者不经过听证，因为他们待审案件还有很多，有些地区允许当事人质疑这种决定。一般来说，提出质疑是最好的处理方法。

但有时候，你必须面对。问题是你如何在笼子里与狮子周旋。在谈这个之前，还需说明一点，即使是那些素质高的法官，也会有发怒的时候。他们不是出于故意，但是结果对你来说是不利的，以至于你认为他是故意的。这就是古老的“火马症状”（fire-horse syndrome）现象。

有些法官错误地认为他们扮演的角色仍是律师，于是开庭的铃声一响，他不是跑去火场，而是去询问证人。

请不要误会。询问证人理所当然在法官的权力范围之内。因为有时没有经验的律师提问的方式极不适当，导致情势复杂，这时我们就需要法官出面提一两个问题来缓和局面。这倒不是问题所在，问题在于，法官介入律师的适当提问，或者法官故意拖延询问证人的时间以影响诉讼结果。所以，澄清无意造成的歧义与一般的询问（major examination）是有差别的。

那么接下来怎么做呢？

圣路易斯的律师吉姆·约翰就曾经对法庭说：“法官，你来审这个案子我倒是不介意，但是看在上帝的分上，千万别毁了它。”（J. Jeans，*Trial Advocacy* 136（West Pub. Co. 1975.）你想得对，法官会因此而恼怒，从而对你不利。电影《大审判》（The Verdict）中的普尔·纽曼（Paul Newman）正是因此而陷入麻烦，他责难法官对专家证人进行交叉询问。

也有一些律师很善于应付这种问题。俄亥俄州阿克伦城的伯纳德·罗森（Bernard Rosen）就是一个很好的例子。他代理的一个案子中，主审法官无法持续地询问每个证人——尽管他其他方面的业务能力都很好。罗森开始很迷茫，还好他想到了一个好主意。在那个伤害案件中，其中一个主要证人就原告的现状作证。该证人表现相当好，罗森本来都不打算再传唤第二个证人了，但这时他忽然间清醒过来，他知道应该怎么做了。他传唤了替补证人，问了很多问题以证明他符合专家身份，但是没有任何涉及专家意见的问题。接着，罗森转向审判席：“法官大人，您可以提问证人了。”

若遇到脾气不好的法官，就没有那么简单了。

当不公正的情形出现时，你又必须冒藐视法庭规则的风险，站出来伸张正义。这种情形发生的概率虽然很小，但也不是没有。

有些律师会提出一些对策，可是都是说起来容易做起来难的那种。有一种建议就是：控制自己，别发脾气。若是你或者你的委托人受到了不公正的对待，你能坐以待毙吗，你肯定要与法官据理力争。如果法官早已预定了审理结果的话，那他肯定有办法使案件朝着他所期望的方向发展。你要是沉不住气做出不合时宜的举动，那很显然，不管法官再怎么苛刻，在别人看来，这是你活该。

你要明白，法庭上存在风险——法官可能会有意或无意地激起你的愤怒，但是你要是知道这种风险的存在，就是对你最好的保护。因为一旦你知道有人要故意激怒你，就很容易沉着以对了。

第二种建议是申诉。沉着、礼貌又不失坚定，但是要避开陪审团的视野。“法官大人，我恳请在陪审团不在场的情况下进行听审，我要抗议法官在我进行询问时的所作所为。他们使眼色，面露不悦之色，在一旁支支吾吾，捂脸甚至在询问的关键时刻把铅笔扔下审判席，这些都是在向陪审团暗示，法庭并不采纳证人的证言。法官大人，我反对这种行为，我恳请您裁决审判无效。”

可能你会说："好吧，就按你说的，可是要是法庭不允许提出证据怎么办呢？"

那就以宣誓的方式提出吧。将证据作为案件记录的一部分提出。顺便说一下，在有些州，这是法律明确规定的一种程序。这种程序来源于被称为"旁观者免责条款"的普通法实践。其理论是，当法官错误地阻止了律师提出的免责条款——今天我们称之为记录——如果有一定的中立旁观者来作证的话，被不当排除的证据能作为记录的一部分被提出来。

大多数律师都认为，应该让陪审团知道你受到了不公正的待遇。如果陪审团理解你，那法官的伎俩就不会奏效。然而，说出来容易做起来难，特别是当你用你的专业知识来处理专业知识以外的事情时。令人慰藉的是，陪审员可能已经敏锐地意识到他们自己的想法可能不公正，尽管他们干预法官要比你们难得多。

最后还有两点，几年前佛蒙特州发生的一个案子可见一斑。佛蒙特州巴雷市的一个人被指控谋杀。该案存在很大的不确定性，辩护律师认为会判无罪，因为他已经成功证明了被告当时是在作案地点 60 英里以外的地方，圣・约翰布。该案法官不是那种好说话的人，他对律师和证人言辞苛刻，并早已拟好审判计划。直到周末审判才正式开始，由于下星期法官还有其他案件要审理，他便命令星期六上午八点连续审判。

检察官住在巴雷市，因此周五晚上便回家了。而辩护律师则从大老远的蒙彼利埃赶来，于是晚上便住在了案件审理地——圣・约翰布。

那天圣・约翰布正好又下雪了，下的还不小，是那种暴风雪。

法官都是当地人，辩护人八点半赶到法庭，但是公诉人未到。按照审判日程，接下来便是交叉询问控方证人了，可是八点三十五分的时候，公诉人还没来，法官就按捺不住了。

他要辩护律师直接进行交叉询问。考虑到下雪了，辩护律师便建议还是等公诉人来了再询问吧。但是法官不同意。"辩方律师，"法官当着陪审员的面说，"如果现在不进行询问的话，那就等于你放弃了交叉询问的权利。"

辩护律师便不再做声了，开始了他的交叉询问。该程序用了半个小时，进展相当顺利。因为公诉人没来，所以也没有人提出反对意见，法官也保持缄默。

就在交叉询问快要结束的时候，公诉人赶来了，他看起来有点窘迫。法官甚至没有注意到公诉人进来，但是辩护律师和陪审团注意到了。

公诉人估摸了一下情势，他坐下来，没有表示任何反对。紧接着，交叉询问就结束了，公诉人说道："法官大人，我们不进行反主询问。"

法官续续进行他的审判，若无其事的样子。

到最后陈述的时候，公诉人说话了。"现在让我们讨论警察证言的问题，"他直接避开主询问不谈，"交叉询问的时候我不在场。由于不可抗力（Act of the God）——暴风雪，我无法参加交叉询问，所以我不知道反主询问时该问什么问题。"

"但是，你们应该清楚，当时我要是在场的话，我肯定会要求反主询问的。由于你们已经亲历了交叉询问的过程，也熟悉了该案的其他证据，若是我进行反主询问的话，你们也应该知道我会问什么的。"

"当你们退出法庭评议结果的时候，我是想问这些问题的。我相信你们会考虑迫使我不能问问题的因素，其实你们心中应该有答案了，不是吗？"

辩护律师听到这番陈述后，心里很清楚，结果可想而知了。他从中得到了两个教训：第一，对待不公正，最好的办法并不总是提出抗议。第二，从法官的偏见中获益的人必须尽力阻止不公正情况的发生。

第89章 协商：海象因素

弗拉什·马格鲁德在讲述他与圣杯（Holy Grail）保险公司的巧妙谈判时，说了一些简要的谈判规则。“协商其实是就是一场比赛，”弗拉什说道，“一场没有规则的比赛，旨在尽可能达到与审判相同的效果，但是又能避免烦杂的审判程序。”

弗拉什说这话时，安格斯看了他一眼，然后说：“海象因素。”

“什么？沃尔纳特工厂？”弗拉什说，“你在说什么呀，安格斯？”

“海象因素，”安格斯说，“我说的是协商和审前准备呀。”

多年前，在克利夫兰城，吉姆·吉恩斯在密苏里州堪萨斯城大学做了一场成功的演讲，并提出了这个词。他讲了一个故事，关于在阿拉斯加海域的海象怎样浮出冰面，选出它们这一群海象当中的领袖。

“很有趣，海象们并不是相互争斗以决定谁更强壮。它们摇头、低吠，朝对方作出威胁的姿势，但是从不攻击对方。它们不进行真正的武力争斗，但是通过判断谁在争斗时更胜一筹来决定谁来当领袖，即用不流血的方式一决胜负。”

弗拉什很疑惑：“为什么说这个，与我和圣杯保险公司的协商有什么关系吗？”

“好，既然你说到了，那我跟你说说吧。”安格斯说。

“谈判很廉价。正如海象一样，很多律师知道低吠、摇头，并朝对方作出威胁的姿势。但是也正和海象一样，他们都知道对方并不想进行一场武力争斗。于是他们作出要用武力进行争斗的姿态并让对方知道——其实他们并不准备通过审判解决问题。只是给对方造成这种感觉罢了。

“当你倾尽全力创造这种假象的时候，还要注意其他两件事。第一，你必须理解这些行为的含义——包括对方的每一次摇头、低吠，每一次侦查、调查证人以及每一次要求作有罪供述。海象们是不能忽略掉任何一个动作的。顺便说一下，如果你不能理解对方的任一举动，后果是，你的委托人将付出沉重的代价。

“第二，如果从一开始你心里就想着不要打官司的话，这种心态会影响到你的每一个举动。对胜诉抱有期望的律师与只是坐在冰面向对方发出威胁的律师是大不相同的。实际上，为审判做好准备——不通过威胁的方式——是进行协商的最有效技巧。成功的协商有三个原则，为审判做好准备就是其中之一。”

连弗拉什都意识到安格斯接下来要讲其他原则，于是我也拿出笔来，记下安格斯所说的其他话。以下就是我记的笔记。

立场坚定

立场坚定，乍看起来意思很明确，其实深入考虑的话，还包含许多方面。

第一，就是海象因素。如果给人的感觉是你真的要通过法庭解决问题，那么你几乎就要成功了。海象因素的教训之一就是：不要坐以待毙，仅仅威胁对方说要提起诉讼；要采取实实在在的行动才可以。申请传唤对方出庭或者提出申诉，应诉，这样至少可以引起对方的重视。

第二，千万不要在不了解形势的情况下协商。如对方迅速提出协商的要约时，你要小心了。有可能对方因为你的草率而得利。别误会，这并不是说你非要等到开庭前夕才做出协商的决定，而是说，必须在了解了你以及对方各自的优势和弱点以后，才能正式进行协商，所谓知己知彼，百战不殆。

第三，不要害怕主动提出协商建议——这不是处于弱势的表现。如果进行得好的话，对方当事人会认为你已经完全掌握了案件发展的趋势。

第四，不要在明显处于劣势之后立即提出协商。如，你方的重要证人给陪审团留下了不好的印象，或者专家证人在调查时的表现很令你失望。如果是这样的话，除非情势明显好转，否则对方会尽量抬高他的筹码而压低你的。

第五，准备好协商文件。伤害案中，原告律师就使用这种方法，商业律师应该借鉴此法。比起空洞的论点和总结，明显的事实——实体信息——更具有说服力。因为你希望这些事实能影响到真正的决策者——对方当事人及其律师。

你仔细想一想，你就知道，你的任务在于想尽各种办法从对方处得到准确的信息，不要被对反律师所迷惑。协商文件就是来源于此。有时甚至就是一个精心准备的录像——显示你的优势何在。

但是不要掉以轻心。不要让对方知道你对案件的总体布局以及一些关键的意见。也不要过于强烈地坚持或者相反，作出太大让步，为什么呢？因为你想给人整装待发的印象，而不是看起来唯唯诺诺。

第六，果断决定。对于每一个协商要约或者反要约，设定实实在在的期限限制。要想让对方对你重视起来，就要像模像样，有条不紊。

尊重对方

太多的威胁或者惺惺作态可能会阻碍成功协商的达成。情绪在协商中特别重要，你的任务就是不要让这些情绪阻碍协商。

第一，知道对方律师和当事人需要什么。有时不仅仅是金钱，而是一种认可和荣誉恢复，不要局限于起诉书上的要求。有时被告人愿意赔偿几百万美金以表示歉意，但是他们并不知道，对对方来说，有时一个正式的道歉比金钱更重要。

第二，建立双方利益的共同基点。如果协商双方相当陌生，那么他们之间很难产生信任感。即使是一些无关的交谈也可以增进双方的理解与互谅。

第三，为对手做点事。如为午餐埋单，适当考虑对方的需要。很多律师都不知道其实这些很重要。有些律师的实践就是，不顾一切给对方下马威——任何时候都不给对方留有余地，总是反对对方的意见。这是因为现在还没有人告诉他们，作为一个完美的海象——任何时候都显出盛气凌人的态势——是要付出代价的。

除了让世界更加和谐外，举止文明还有更重要的意义。你给对方方便的话——对方会觉得欠你人情——会对协商结果产生重要的影响（但要掌握分寸，不要做得太过了）。

第四，给对方留有余地，让他们能从中得到利益。律师们总觉得自己是协商能手，并希望向委托人证明。成功的协商者总是要确保对方都能劳有所获，而不是到最后空手而



归。如果在协商谈判时不给对方留有余地，这通常是不明智。

第五，不要给人留下你是在游戏的感觉。看起来不真诚的协商要约还不如不发出协商要约。附加不切实际的要求和时间限制是不好的。人们（特别是律师，他们通常重视自己）不希望被自己的对手玩弄。一些小把戏不仅会导致对方的敌视，甚至会损害你在整个律师界的信誉。

第六，不要对别人的失败幸灾乐祸。显然，这对于某些律师来说，这点很难做到。协商一结束，他们便迫不及待地向人们炫耀他们是如何用一些小把戏哄骗对方。不管是否真的使用了骗术，一旦这话传到对方耳里，你们的协商就会受到威胁。第二次世界大战的教训依然深刻：嘴巴不言，必然招祸。（Loose lips sink ships.）

不要给对方造成你已经完全打败他的印象，还有另外一个原因，即，即使你今天协商的很成功，但是将来，你休想与被你羞辱过的律师谈判协商案件。

不要屈尊

第一，交代清楚，避免不必要的误会。协商中特别容易产生误解。你解释得越清楚，对方认为你不守信用的机会就越少。

第二，小心为是。若你在协商中弄错了关键事实或者夸大了关键事实，对方会认为你是故意的——从那以后，他再也不信任你了。

第三，信守诺言。认为协商中不存在特定的规则其实是个错误的想法。如果你决定协商要约的期限只有三天，那就是三天。如果对方在三天以后才作出回应，把它当成反要约，并谨慎考虑要不要接受，在法官和其他律师面前的公信力是你最重要的财富。

此外还要记住，有些东西是不能作出让步的。

第 90 章　也许是时候该离开了

亲爱的安格斯：

我遇到大麻烦了。最近，我从一家西雅图中等规模的律所跳槽到了一家位于洛杉矶的被认为是诉讼巨头的公司。对我来说，这是一个契机，前景很是令人激动。

当然了，这个机会将会改变我的个人生活和职业生涯，但是相比之下，来自案件的挑战以及职业素质的提高才更为重要。

当然，我已经准备好适应以下变化了：执业环境的变化、住房费用的提高、上班来回时间的增加以及工作节奏的加快。

那里低水平的职业诚信度以及职业素养，确是我始料未及的。

上班的第一个星期，了解到该所对于所发现的事实采取的处理方法，我很吃惊。我仔细地审阅了有关文件，决定有一些文件需要向对方开示。我逐一记了下来交给我们诉讼事务部的头以提醒他注意，有了这七个关键性的文件，我们必须要重新考虑我们对于该案的理解。

头大发雷霆："好不容易找到火力枪了，还把他让给对方？这对我们不利呀，不可以这样。"

"但是，迈伦，我们别无选择呀，"我说，"得按规矩来呀。"

他的语气缓和下来："当然，我们是应该把所有文件给对方，可是我们得找出这些文件呀，我需要时间。我正在抓紧分分秒秒，利用可利用的一切资源找寻那些应该向对方开示的文件。所以你就不用担心啦，慢慢来。"

几个星期后，我又了解到这个所的收费模式。他们每个月会发一份表，上面显示我们所办案子的收费时间。我发现他们把我的时间搞错了，我实际上用了 123 个小时，可是上面写成了 321 个小时。我想可能是汇集录入的时候打错了。我又发现，有一个案子我花了 47 个小时，但是上面写的却是 82.3 小时，这不像是打错了。

当我跟迈伦说起这件事时，他说："你应该感到骄傲才对呀，这就是我们的'按质收费'（quality billing）方法。通常情况下，我们会按实际办案时间算，但是有的律师办案效率极高，我们是考虑到你的效率高，才把你的收费时间延长的。"

"在你所办的两个案子中，你的工作量实际上已经比你实际工作时间应做事的工作提高了 75%。"他说。

我问道："但是当事人知道我们是这样收费的吗？"

"他们不需要知道啊，"麦若恩说道，"他们直接照单付费就行了，他们很满意你的工作呀。"

一个月以后，我跟迈伦说，我们在起诉书中犯了个严重的错误，我们起诉书中引用的案例陈述有误，因为是个细微的错误，所以当时没发现。他说很感谢我提醒他注意，但是

随后便置之不理，听任错误的存在。

难道只有我遇到这种情况吗，还是说现实就是如此呢？面对这些情况，我应该怎么办呢？是向律所主任报告呢，还是继续走人，跳槽到另一家公司？抑或是认清形势，明白这是律师界的通行做法，适应现状。

大律所里的困惑者

亲爱的困惑者：

你感到困惑很正常，我想告诉你的是，这并不是律师界的通行做法，只是有时存在。

我所知道的大多数律师，他们总是小心谨慎，保持诚信，保守当事人的秘密，并尽力遵守规则。也有不好的一面，就是有些律所的执业模式已经超越了行业规范要求，但是他们自己还全然不知。

那么你遇到这种情况，你会怎么做呢？

错误的做法就是与他们同流合污——我想你不会这么做吧。从你来信的语气中看得出来，你深受这种不良道德环境的折磨，无法安心工作，很不开心。但是，如果你也逆流而下的话，绝对是得不偿失的。和狗亲近一定会惹一身跳蚤。作为一名律师，如果你投机取巧，这种坏名誉可是要跟你一辈子的。

所以，现在的问题是你要留下来力图改变这家律所，还是去另一家——不那么投机取巧的律所。

其实你怎样决定取决于你所在的律所，即，他们的不诚信行为横行到了怎样的程度。如果说这家律所诉讼事务部的主任也是如此，那么其他律师就可想而知了，乃至于整个律所的头也不例外。

还有一部分取决于，随着时间的推移，你是如何看待并处理这些问题的。可能你真的特别喜欢这个地方，于是你就留下来竭力改善这里的职业道德环境。

但是，如果你没那么喜欢的话，那就果断离开吧，并且要边走边倒鞋里沙子，不要让它污染你的内心信仰。

安格斯